Derecho consuetudinario y economía popular de España

Joaquín Costa

DERECHO CONSUETUDINARIO Y ECONOMIA POPULAR DE ESPAÑA

TOMO I

Introducción de Lorenzo Martín-Retortillo
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza





guara editorial
Zaragoza
1981

La edición de esta obra ha sido posible gracias a la colaboración prestada por:

Dirección General de Promoción del Libro,
Ministerio de Cultura

Caja de Ahorros de la Inmaculada

Caja de Ahorros de Zaragoza,
Aragón y Rioja

Director Editorial
José María Pisa Villarroya

Diseño y maquetación
Félix Bolea

Guara Editorial, S. A.
José Oto, 24 — Zaragoza-14
ISBN 84-85303-53-9 (obra completa, en tela)
ISBN 84-85303-55-5 (obra completa, en rústica)
ISBN 84-85303-64-4 (tomo II, en tela)
ISBN 84-85303-61-X (tomo II, en rústica)
Depósito legal: Z. 1.606-81
Printed in Spain

Índice general

Apéndices

Introducción al *Derecho consuetudinario*

> *«Es sabido que en el señor Costa tiene la* costumbre, *como fuente de derecho, el campeón más elocuente y más convencido, y que no sólo ha combatido a ciertos espíritus conservadores que, con un sentido verdaderamente jacobino, han pretendido suprimirla, sino que ha unido las obras a las palabras, dando a conocer el derecho civil consuetudinario del Alto Aragón, antes sólo sabido de los que lo viven y aplican.»*
>
> GUMERSINDO DE AZCÁRATE[1]

Me parecen estas palabras de don Gumersindo de Azcárate punto de partida inmejorable para esta breve introducción. Denotan el conocimiento que la «élite culta» contemporánea tenía de las aportaciones de don Joaquín Costa[2], pero nos dan pie, a la par, para considerar, ante todo, tres ideas, que quiero proponerle al lector que maneje el libro, más de cien años después de que las más tempranas investigaciones que lo integran fueron realizadas.

Primera idea: Costa, como valedor de la costumbre, del derecho consuetudinario. Tema muy propio de aquellos años, con una viveza y aun un dramatismo elevado, expresando lo que son entonces tensiones muy bruscas, testimonio de la incesante «lucha por las fuentes del Derecho». En otras publicaciones anteriores, había dedicado Joaquín Costa abundantes páginas al estudio dogmático del tema del valor jurídico de la costumbre. En el volumen que ahora se reedita insistiría sobre ello y así, aparte de numerosas referencias sueltas, es de recordar lo que se dirá en el prólogo, así como en el epígrafe inicial, o lo que se remachará con los tres apéndices que culminarán el volumen primero. Pero son de más envergadura, insisto, las aportaciones contenidas en otros libros. No es difícil comprender la lucha agónica entre unas y otras fórmulas jurídicas, que los contem-

poráneos de Costa tuvieron oportunidad de conocer, con una intensidad, y un dramatismo sobresalientes, que marcaban especialmente lo que, sin duda, es un flujo incesante. Porque es cierto que con harta frecuencia se hizo un uso desorbitado de la ley, arrasando sin contemplaciones, al socaire del progreso o modernidad, lo que eran situaciones dignas de otro trato. Pero, sin desconocer los desmanes del bando contrario, no creo que fueran las teorizaciones de Costa acerca del derecho consuetudinario —el reconocimiento, así, del individuo o del pueblo como dotado de soberanía[3]; o la fuerza reconocida a la costumbre *contra legem,* etc.—, lo más valioso desde una perspectiva actual. Hoy, por el contrario, la ciencia jurídica en general se halla muy alejada de sus teorizaciones en este punto. No muchos años después, en vida de Costa aún, y por ofrecer sólo una muestra de lo que es una corriente, o un conjunto de corrientes de amplio alcance, Giner de los Ríos, que tanto había influido en don Joaquín, que firma con él, incluso —sin perjuicio de las precisiones que luego se dirán— el apéndice tercero, que culmina este volumen primero, sostendría en 1908, precisamente en Zaragoza, un importante trabajo en que se reivindica el valor de la ley frente a la costumbre, reconociéndose «el actual renacimiento en favor de la ley»; constatando cómo se rechaza «la concepción del pueblo como una masa pasiva, materia plástica que sólo se organiza y reorganiza por decreto»; resaltando cómo «la indagación del científico, la técnica del legista, el gobierno del magistrado público, la acción, en suma, de la minoría profesional, "selecta", ha dejado de ser un monopolio; y en la *producción* de las normas jurídicas, como en la del pensamiento, el arte o la poesía, se reconoce ya que tienen todos parte, aun el más humilde hijo de la ciudad...», de modo que, en última instancia, el papel de la ley vuelve a ser destacado: «La ley remueve los obstáculos, auxilia el curso de las cosas, perturba la petrificación de los intereses satisfechos, excita el despertamiento de nuevas energías, con el poder sugestivo de sus fórmulas imperiosas...», etc.[4].

No es la teoría de la costumbre, de Costa, por tanto, lo que juzgo yo del mayor interés. Y es que precisamente, el libro que hoy se ofrece de nuevo, más que teorizaciones dogmáticas

—«ha unido las obras a las palabras», nos decía Azcárate— ofrece una exposición, sin par, de lo que era entonces el derecho vivo. Cierto que a lo largo de numerosas páginas se insistirá en destacar que todo eso existe al margen o, aun, en contra, de la ley, en muchos casos. Pero lo importante es la intensísima energía desplegada para desvelar cuál es el derecho real, el derecho vivido, el derecho que efectivamente se practicaba a lo largo y a lo ancho de esta dilatada piel de toro que nos alberga. Bien aprendida traía Joaquín Costa, como ha sido frecuentemente recordado, la lección que desde Savigny, por citar ahora un nombre simbólico, que evoca, entre otras cosas, un flujo incesante por el conocimiento del derecho practicado, había arraigado por toda Europa, y que iba a representar esfuerzos ingentes, tan valiosos, para palpar y describir el alcance efectivo del derecho practicado. Corriente —acopio de muchas aguas también— que coincidiría casi, por ejemplo, con el intenso alegato en favor de la introducción del criterio sociológico en el estudio del derecho político que lanzará Dorado Montero —cuya ausencia en el presente libro de Costa no deja de llamar la atención, por cierto— en el largo prólogo a su traducción del *Derecho político filosófico* de Luis Gumplocvicz[5], paladín decidido de la aplicación de la sociología del derecho.

Y éste va a ser uno de los méritos sobresalientes de la presente obra: la descripción minuciosa y serena, no la panorámica a vista de pájaro y distante; el bajar a la arena e interrogar a los pastores, a los escribanos, a los barberos —esas deliciosas consideraciones acerca de los barberos como notarios, que incluye al hablar de los «trogloditas» de Jódar—; el examen de los libros, del común, de las cofradías, la transcripción de los contratos y el tomar nota de sus variantes, según las zonas; la encuesta o el carteo a los secretarios, al amigo de confianza, cuando no alcanzan otros medios. Con lo cual, se está describiendo el derecho, pero se están dibujando también las costumbres y los hábitos, las modalidades de la agricultura y de la ganadería, de la artesanía, el sistema de comunicaciones, las respuestas al paso de las estaciones y de los años, la vida, en una palabra.

Destacaba don Gumersindo de Azcárate cómo había dado a conocer Costa el derecho vivido en el Alto Aragón. En efecto,

el volumen primero es un compendio valiosísimo de cómo era la vida por esos contornos hace cien años y no sólo el derecho, como decía. Pero hay algo que hace al volumen mucho más apetecible y que va a engrandecer así, de forma extraordinaria, a la figura de Costa. No se expone sólo derecho consuetudinario y economía popular de Aragón, sino de España, como reza el propio título. De este modo, la figura de Costa trasciende el ámbito meramente regional para alcanzar una proyección general tan encomiable. Y el valor del libro se acrece en progresión geométrica. En efecto, si el volumen primero está referido al Alto Aragón, sin perjuicio de las abundantísimas referencias que aquí y allá se contienen a otras realidades, se van a describir en el volumen segundo modalidades referentes a Zamora, Vizcaya, Valencia, Asturias, Alicante, Ciudad Real, Tarragona, León, Jaén, Burgos, Soria y Logroño, Zaragoza y Santander. Se va a dilatar, por de pronto, la labor de Costa y es una prueba muy consistente de su grandeza ver cómo describe tan variadas realidades de esta compleja y diferenciada España[6]: desde las modalidades colectivistas de Sayago (en Zamora) a los arriendos de tierras en Jaén, desde los desposorios en la Mancha al contrato de mampostería en Asturias; ese episodio tan vivo de los «trogloditas», es decir, los moradores en las cuevas, de Jódar (Jaén), o la posición más avanzada de los jornaleros del campo de Zaragoza que habían logrado la jornada de ocho horas —en colaboración que había visto la luz por primera vez en «El socialista»—, y así en unos cuantos casos más, aún. Pero el libro se enriquece extraordinariamente en mi opinión, aparte de por este alargamiento extra-aragonés de la figura de Costa, por la participación en el mismo de un granado elenco de colaboradores, muy cualificados en principio, que van a aportar sus conocimientos, con metodología y afán coincidente, para que el libro, en justicia —y salvo muy contadas omisiones— pueda predicarse de España. Junto a don Miguel de Unamuno que trata de Vizcaya, don Rafael Altamira lo hará de Alicante, y don Manuel Pedregal, don José María Piernas Hurtado y el Marqués de Teverga lo harán de Asturias; don Gervasio González de Linares, de Santander; don Santiago Menéndez, de Aliste; don Pascual Soriano, de Valencia; don Juan Alfonso López de la Osa, de la Mancha; don Victorino Santamaría, de Tarra-

gona; don Elías López Morán, de León, y, don Juan Serrano Gómez, de Burgos, Soria y Logroño. A tan elocuente lista habría que añadir también los nombres de don Bienvenido Oliver, don José M.ª Pantoja y don Francisco Giner de los Ríos, que figuran como coautores del «Dictamen sobre Costumbre y Jurisprudencia en el Congreso Jurídico Español» (de 1886), transcrito como Apéndice III, en este volumen primero, si bien la autorizada opinión de Cheyne parece insinuar la autoridad en exclusiva de Joaquín Costa[7]. Eso, en lo que respecta a los nombres principales, pues a lo largo de las páginas va apareciendo una legión de corresponsales o informadores que contribuyeron a agrandar el abanico de conocimientos.

De este modo, tan temprano logro de trabajo en equipo —y téngase presente que el *Derecho consuetudinario* coincide casi en el tiempo con *Oligarquía y caciquismo* que, si bien, con metodología distinta, es buena muestra, igualmente, de una muy amplia colaboración— multiplica sus méritos al transformarse en experiencia plural, por lo que también es muy de destacar que sea la figura de Joaquín Costa quien haga de aglutinante concitando tan variado número de aportaciones para lograr obra de tal magnitud.

La tercera idea que quería destacar la facilita también el texto de Azcárate, aunque sólo sea para matizarlo o aun para disentir. Aludía a cómo dio Joaquín Costa a conocer con su obra el *derecho civil*, de su tierra. Las etiquetas y los rótulos jurídicos, la denominación de las disciplinas, mudan con los tiempos, en un flujo que va presionando insistentemente. Cuando Costa escribía, tenía la noción de derecho civil una amplitud mayor de la que ahora recibe. Esta precisión sirve para decir, en definitiva, que ahora hay mucho más que derecho civil en las páginas del libro. Cierto que la mayor parte del volumen primero se dedica al derecho de familia, pero también hay en él una parte dedicada al «derecho municipal». En ésta abundan las observaciones referidas al complejo sistema de relaciones que requiere la ganadería, así como los cultivos y arbolados; pero hay igualmente numerosos datos que hoy consideramos de derecho público, siendo de destacar la atención preferente a lo que hoy se llaman los bienes comunales, que conocen entonces

una enorme riqueza de matices. Y en el tomo segundo se mezclan también unos y otros aspectos, obteniéndose, casi de cada exposición, muchos datos que interesan al derecho privado, siendo igualmente abundantes, muy abundantes, los que se refieren a comunales, organizaciones y gobierno municipal, con una enorme gama de modalidades, bienes y servicios públicos municipales, prestaciones personales y aun administración de justicia o el proceso de formulación de normas escritas[8].

Apenas comenzar el tomo primero se advierte la preocupación por el Código civil que está en trance de elaborarse. Al abrir el tomo segundo se encuentra uno, colocadas como prólogo, unas palabras de Costa, que serian muy citadas, y que demuestran su preocupación a la hora de elaborarse la ley municipal. A uno y otro fin se incardina precisamente la inmensa labor de acotar cuál es el derecho vivido: para que el legislador no patine moviéndose en los espacios etéreos y sepa cuál es la realidad viva sobre la que tiene que apoyarse su obra. En este sentido, cuando todavía hoy se observa con qué frecuencia el legislador actúa sin tener una conciencia plena de adónde va, qué es lo que quiere, qué tensiones ha de producir con su mandato, el libro es de una modernidad sobrecogedora y admira, sin reservas, por el esfuerzo que representó.

Como luego trataré de concretrar, el libro reúne, en principio y salvo excepciones menores, páginas ya publicadas con anterioridad. Algunos trabajos habian visto la luz en 1879 y los demás se irían publicando en los años sucesivos. España se encuentra entonces en la recta final que había de conducirle al Código civil de 1889, hoy vigente en su mayor parte. Pues bien, sin que se limiten sólo a ello, sin que con ello se agote su virtualidad ni su mérito, la mayor parte de los trabajos que integran el libro, hay que situarlos, como ha sido suficientemente advertido, porque tanto Costa como otros de los colaboradores lo reconocen de forma expresa, en la corriente de preparación de la codificación, sí, pero con la intención paladina y expresa, de salvar, trasladando al código o a sus complementos, el mayor número posible de instituciones jurídicas autóctonas. Se trataría del proceso de convertir en norma escrita lo que eran costumbres, es decir, el derecho realmente vivido. El proceso

constituye un tema muy sugestivo en el que no puedo detenerme[9], pero sí quiero recordar ahora un paso notable que abrió una vía a la línea de respeto a los derechos forales y que contenía, en concreto, palabras muy halagüeñas para una de las instituciones forales aragonesas de más arraigo. Quiero referirme al Real Decreto de 2 de febrero de 1880, del ministro de Gracia y Justicia, don Saturnino Álvarez Bugallal, estableciendo que, en cada uno de los sistemas de derecho foral, se elaborara una memoria, que concluiría en la forma de artículos redactados, recogiendo «los principios e instituciones de derecho foral que por su vital importancia sea (...) indispensable introducir como excepción para las respectivas provincias en el Código general», como se disponía en el art. 4[10]. Pues bien, hay en la Exposición de Motivos del decreto, un párrafo que me parece del mayor interés trascribir aquí. Dice así, una vez que se ha razonado acerca de cómo han inferido en la demora del Código los temores que abrigaban las provincias con instituciones forales a que pudieran perderse:

> «Y dista mucho, al expresarse así, de desconocer cuanto hay de respetable y digno de la consideración del legislador en esas instituciones antiguas, ya generales, ya locales, que no son otra cosa sino costumbres y tradiciones convertidas en leyes, sobre las cuales no puede pasarse, caprichosa y arbitrariamente, la segur niveladora de una igualdad quimérica. Y por lo mismo que no aspira el Ministro que suscribe, a prescindir de lo que en tanto estima, ni a destruir lo que merece conservarse, ni a que en España se siga, al reformar el Código civil, el sistema radicalmente innovador de que han dado ejemplo otras naciones, cree que su proyecto, a la vez que progresivo, es también fácilmente realizable. Obra del patriotismo de todos habrá de ser ésta en primer término, porque sólo con una transacción generosa puede lograrse el fin apetecido, sin que por eso se entienda exigir de nadie sacrificios extraordinarios ni superiores a sus fuerzas. No lo sería ciertamente para los naturales de Castilla aceptar alguna institución foral que, como la viudedad de Aragón, por ejemplo, convenga acaso introducir en la legislación general para vigorizar la familia, haciendo en ella, como en cualquiera otra que se acepte, las modificaciones que haya aconsejado la experiencia, y que serían tanto más necesarias, cuanto que habrían de introducirse por vez primera en una legislación donde antes no han existido; ni debiera serlo para las

provincias, en que rigen fueros especiales, prescindir, en obsequio a la unidad legal, de lo que para ellas no sea fundamental, en la seguridad de que lo que verdaderamente merezca este concepto, será respetado e incluido en el Código general, como excepción aplicable al territorio en que hoy está vigente y donde a la vez que sea unánimemente reconocida como útil y provechosa sea expresamente reclamada».

Ese intentar que se convierta en norma escrita lo que eran costumbres consolidadas es lo que anima a Costa, como él mismo reconoce en tantas ocasiones, así como a sus colaboradores. Y debo hacer una precisión al respecto: el libro aparecerá cuando llevaba en vigor más de diez años el Código civil, y buen número de trabajos aparecieron publicados cuando ya había sido aquél promulgado. Por de pronto no es el Código civil el único destinatario de la regulación de las instituciones estudiadas. Ya advertí antes la mención expresa a la ley municipal. Pero, aun tratándose de aspectos civiles, conviene recordar que el Código adoptó la solución de que, salvo determinadas excepciones, «las provincias y territorios en que subsiste derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario...», como disponía el art. 12. Ello abocaría a la solución de redactar «apéndices forales» para cada uno de los territorios... No quedaba, por tanto, zanjada la cuestión con la promulgación del Código, de modo que, aun tras su entrada en vigor —y me interesa recalcar este aspecto—, seguía teniendo sentido la tarea de ordenar y recoger, para poder así sistematizar, las respuestas jurídicas de origen tradicional.

* * *

La edición que ahora se ofrece es reproducción literal, habiéndose tan sólo corregido las erratas advertidas de la edición que el propio Joaquín Costa publicó en la «Biblioteca de Autores Españoles y extranjeros», de Manuel Soler-Editor, Barcelona, el primer tomo sin fecha, aunque parece probable que sea de 1902[11], y el segundo directamente fechado en la edición como de 1902.

Dado que tal edición fue preparada por el propio Costa, no le ha parecido oportuno al Consejo Editorial, aceptando la indicación del profesor Cheyne, alterarla, no habiendo permitido la menesterosidad económica del medio cultural en que nos movemos la oportunidad, tan auspiciable, de deparar una edición crítica y anotada. En espera de que vengan tiempos mejores, nosotros cumplimos hasta donde alcanzan nuestras fuerzas, facilitando este monumento tal y como se produjo.

Y la verdad es que, como comprobará el lector con facilidad, este libro, como sucede con frecuencia con muchos de los de don Joaquín Costa, tiene mucho de laberinto (de «conjunto más o menos sistemático de materiales fragmentarios, incoherentes, y, por decirlo así, rapsódicos», lo califica él mismo en el prólogo del primer tomo). No hay que olvidar la menesterosidad económica que acució con tanta frecuencia a don Joaquín. Añádase la exigua tirada de tantas revistas o publicaciones separadas, lo que podía hacer legítimo que el autor aspirara de cualquier forma a potenciar el conocimiento de su trabajo. Lo cierto es que este libro, como el resto de casi todos los de Costa, como bien ha fijado Cheyne[12], se nutre de artículos publicados con anterioridad. Se recogen en él materiales que provienen muy especialmente, aunque no sólo, de otros volúmenes anteriores de Costa de distinto título, en concreto del *Derecho consuetudinario del Alto Aragón* (1880) y de *Materiales para el estudio del derecho municipal consuetudinario de España* (1885). Muchos de los trabajos de don Joaquín Costa, como de los otros colaboradores, fueron publicados antes en una importantísima serie sobre derecho consuetudinario que recogió la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», de Madrid. Algunas de las aportaciones de los colaboradores son sólo el extracto o casi la transcripción literal de un discurso parlamentario, como sucede con la colaboración sobre Asturias del marqués de Teverga, o la reproducción literal de un fragmento de un libro anterior sobre Asturias también —«veladas, noviazgos, etcétera»—, colaboración de don Matías Sangrador.

En lo que se refiere, en concreto, a la obra propia de Costa, éste reproduce, añade, recorta, pone apéndice, incluye una nota, va, vuelve, y así en un flujo incesante. Por fortuna con-

tamos al respecto con la terea ingente del profesor Cheyne, que ha sabido resolver, con una paciencia sin límite, fruto indudable de un cariño, tan enrevesada madeja. En él encontrará el lector, como hemos hallado todos, guía segura. Yo, apropiándome de un par de líneas para rendirle sincero homenaje, quiero decir que al preparar estas notas y manejar su libro tan esclarecedor, y puesto que de laberinto he hablado antes, me venían en mientes, con insistencia, tres palabras que expresan una metáfora mitológica: hilo de Ariadna. Decir, también, con sencillez, que haría muy mal la universidad de Zaragoza —opino modestamente— en no otorgarle su galardón máximo de nombrarle «doctor honoris causa», o, valga lo mismo respecto a nuestras instituciones de la cultura, de la región o nacionales, si no le reconocen de forma clara, sin oportunismos de apuntarse un tanto, la ingente labor realizada para dar a conocer la obra de un hijo de esta tierra que logró aportaciones tan decisivas en la esfera de nuestra cultura.

* * *

He hablado de cultura y he calificado al libro de monumento. Ahí queda la obra tal y como surgió, pues hay que pensárselo muy mucho a la hora de «rectificar» los monumentos. De entre las variadas facetas de un Costa plural se nos muestra aquí la tan encomiable, tan grata, como bien ha sido recordado[13], de un Costa estudioso e investigador esforzado, sensible a una vivísima curiosidad intelectual y coherente con una exigencia de trabajo incesante y diario. Y no me detendré a destacar el contraste que ofrecen estas dos cualidades frente a tantos contemporáneos suyos, romos y planos, en cuanto a curiosidad intelectual, tertulieros y decidores, en cuanto a labor e investigación. Un Costa que, empero, no llegaría a ser catedrático de Derecho político y administrativo, como pretendía —tampoco de otras disciplinas a las que aspiró— y que, sin embargo, era capaz de producir una obra como ésta.

Monumento, decía, y como tal debe tomarla el lector. Testimonio de una época en gran medida periclitada y abandonada. La lucha de los medios técnicos, la tensión de los mercados, las nuevas comunicaciones, el intento tan insistente de concentrar a

los pobladores de España en unas cuantas ciudades —rentabilidad de unos cuantos, prima—, con sus consecuentes migraciones, han trastocado radicalmente las formas de vida que se practicaban cuando este libro se escribió. El propio Costa era sensible a la incipiente emigración: «desde que se ha despertado en tan gran escala el espíritu de emigración a Francia, a Cataluña y aun a América», dirá en el tomo I. ¿Qué queda hoy de ese derecho vivido tan minuciosamente descrito? ¿Qué se hizo de los mozos y mozas de tantos núcleos descritos a lo largo de las páginas que siguen? Tal vez una de las secuelas meritorias de la nueva publicación de estas páginas sería la de intentar sistemáticamente y con la facilidad de medios de que hoy se dispone —tal tarea le sería muy sencilla a algunos organismos oficiales, de querer— el acotar ahora, a los cien años casi, en qué medida siguen alentando vida algunas de las instituciones jurídicas entonces analizadas. Cuando redacto estas notas; cuando con frecuencia estos días volvemos la vista a la Constitución española de 1978, pienso, sin detenerme especialmente en ello, pues no da de sí ni el espacio ni el tiempo que se me ha asignado, lo cercanos que están a tantas páginas de este libro cuatro puntos concretos, al menos, del texto fundamental español, que demuestran que se ha hecho no sólo ley escrita, sino, incluso, constitución, alguna de las aspiraciones reiteradamente expuestas por los autores de las páginas que siguen. Pienso, así, en la mención expresa, insólita sin duda para un texto constitucional, que el art. 140 consagra el *concejo abierto,* del que con insistencia se trata en las páginas que siguen —y en otras similares de don Gumersindo de Azcárate—; la mención del art. 132 de la propia Constitución a los bienes comunales, auténtica niña de los ojos de nuestros autores; la referencia, también, a la autonomía municipal (arts. 137 y 140) y, por último, en este breve esquema, la llamada insistente a la participación de los ciudadanos, de los arts. 23,*1* y, sobre todo, 9,*2*.

Pero, sinceramente, creo que lo de menos es el derecho vigente. No es éste un libro que se reedite pensando en los juristas; menos en los que pudieran acudir a él esperando luces para sus pleitos, aunque todos ellos obtendrán de su lectura acendrado provecho. Como libro ya monumento, es una empresa de

muchos más altos vuelos: es un libro para quienquiera se interese por la cultura patria, desde historiadores y antropólogos al mero aficionado a la literatura pasando por los amantes de las cosas de su tierra, que en el caso concreto del libro son casi todas las tierras de España. Y no será preciso ocupar mucho espacio para advertirle al lector, porque lo advertirá él de inmediato, de algunos tufillos que reclaman una postura crítica en quien se enfrente con la lectura: lo que más llama la atención tal vez sea ese aire bucólico y paradisíaco que se predica incesantemente de esas comunidades que son descritas, con mimo preindustrial, para contraponer el tono pastoril y «sin conflictos» a los «nefastos» nuevos usos que la marcha de los tiempos van imponiendo. La simplificación, con frecuencia, es tan burda que no creo sea preciso seguir insistiendo.

Con todo, con esos y otros posibles defectos, pesa mucho más la balanza de lo positivo. Estimo, sin duda, que se trata de una obra entrañable, apasionante, que, aparte de sus muchos méritos, daría de sí para numerosas películas, para varios seriales de televisión, que podrían llegar a ser del mayor interés de tratarse con acierto y con altura. Por todas sus abundantes virtudes sorprende sobremanera —y es testimonio de nuestras miserias: mucho hablar del «León de Graus», pero luego, a la hora de la verdad, el vacío más chocante— que la obra no se haya reeditado desde 1902.

Y junto a las descripciones, no se escatiman las valoraciones, las notas de color, los detalles que aun hoy interesan. Por tomar una única muestra, bien breve, don Miguel de Unamuno, al describir en el tomo II una serie de instituciones de Vizcaya, nos hablará así de su paisano, el vasco:

> «...la gula es en él más frecuente relativamente que la lujuria; hay que verlo en las comilonas, sobre todo en las de funeral, cuando a la salida de una misa de cinco o seis reales, van a casa del difunto para atracarse. En el famoso trio de los vicios —las mujeres, el vino y el juego— puede decirse que los vascos, cuando pecan, pecan más por los dos últimos que por el primero.»

Para terminar quiero decir que agradezco muy sinceramente la oportunidad de poner mi nombre, si bien sea en letra peque-

ña, junto a esta gran empresa. Y decir, por último, que cuando tantas bravatas y palabras vacias tenemos que aguantar en estos días acerca del patriotismo, es una gran satisfacción el poder rendir un pequeño homenaje a los autores de este libro, quienes con su esfuerzo y su investigación, con su trabajo silencioso y de seguro no remunerado, estaban, hace ahora aproximadamente cien años, construyendo patria muy en serio y a conciencia.

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer
Universidad de Zaragoza
20 de noviembre de 1981

Notas

1 Las afirmaciones de Azcárate están referidas, en puridad, a uno de los libros que serviría de núcleo para la posterior elaboración del que ahora se reedita —*Materiales para el estudio del derecho municipal consuetudinario de España*, se denominaba aquél—, pero no veo inconveniente en utilizarlas aquí ahora. Están tomadas de un discurso leído en el Ateneo de Madrid, el 10 de noviembre de 1891, sobre «La vida local», y yo las cito por la selección de obras de Azcárate titulada *Municipalismo y regionalismo*, preparada por Justino de Azcárate y Enrique Orduña, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1979, pág. 101.

2 George J. G. Cheyne ha destacado, en varios lugares, cómo hasta su intervención en la vida política nacional, a partir de 1898, no sería conocido Joaquín Costa por el gran público, siendo tan sólo apreciado hasta entonces «por una élite culta», como señala, así, en su decisiva obra *Estudio bibliográfico de la obra de Joaquín Costa (1846-1911)*, Guara Editorial, Zaragoza, 1981, pág. 249.

3 Para lo que se acaba de señalar véase, por todos, últimamente, J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Joaquín Costa y el derecho aragonés (Libertad civil, costumbre y codificación)*, Facultad de Derecho de Zaragoza, 1978, págs. 31 y ss.

4 Véase F. GINER DE LOS RÍOS, *Sobre el concepto de la ley en el derecho positivo*, trabajo presentado al Congreso de la «Asociación Española para el Progreso de las Ciencias», celebrado en Zaragoza, en 1908, y recogido ahora en el volumen de homenaje en los 50 años de la muerte de don Francisco, titulado *Ensayos y Cartas*, Tezontle, México, 1965, págs. 17 y ss., encontrándose en las págs. 24 y 25 las palabras que yo he reproducido.

5 Ed. La España Moderna, Madrid, s.f.

6 Dirá expresamente don Joaquín Costa, en el tomo primero, con fórmula que se revaloriza si se tiene en cuenta que ha sido unánimemente considerado como un patriota sin tacha: «que no está precisamente en la unidad el progreso, que también la unidad es a menudo signo de desorden moral y de despotismo...».

7 CHEYNE, *Estudio bibliográfico*, pág. 116.

8 Véase lo que señalaba al respecto en mi comentario *¿Pervive derecho público aragonés?* —recensión a la obra del Prof. DELGADO ECHEVERRÍA, *El Derecho Aragonés*—, recogido ahora en mi libro, *Autonomía y autogobierno de la Universidad y otros temas*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 1980, págs. 143 y *passim*.

[9] Para el tema de la codificación me remito, por todos, a las interesantísimas páginas que le ha dedicado el Prof. F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español,* Ed. Tecnos, Madrid, 1979, págs. 500 y ss.; y 571 y ss.

[10] Sobre el Decreto Bugallal, puede verse, por todos, J. DELGADO, *Joaquín Costa y el Derecho Aragonés,* pág. 20, así como F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual,* págs. 582-3.

[11] CHEYNE, *Estudio bibliográfico,* págs. 109-110, da el primer tomo como sin fecha, aunque se incline por la de 1902. El ejemplar que yo manejo, con un sello de la Biblioteca de la Facultad de Derecho, de Zaragoza, está marcado, donde correspondería, con la cifra «1902», que desde luego no está hecha con los mismos tipos del resto de la página, aunque yo no estoy en condiciones de aclarar cómo se hizo, si se realizó incluso a mano, aunque no lo parece a simple vista de aficionado.

[12] CHEYNE, *Estudio bibliográfico,* pág. 20.

[13] Véase, recientemente, por todos, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, en el *Estudio Preliminar* a su edición de *Reconstitución y europeización de España y otros escritos,* Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, XV y *passim.*

I. Parte Alto Aragón (Huesca)
(Derecho de Familia)

por Joaquín Costa

(1879, 1880, 1885)

Prólogo del autor

Ofrezco al pueblo aragonés una fotografía, aunque descolorida, fiel, de sus más originales creaciones jurídicas, a fin de que, viendo objetivado en ellas su propio ser, se mueva a defenderlas contra los peligros que las amenazan, y no las deje perder por negligencia y abandono, como en otro tiempo la libertad política; a los cultivadores del Derecho, de la Política y de su Historia, una aplicación de los procedimientos que han acreditado con tan brillante éxito los literatos, en la recolección de poesías, leyendas y tradiciones populares, a fin de que se persuadan que no es juicioso circunscribir sus exploraciones a las crónicas antiguas y a las doctrinas filosóficas y políticas modernas, o a herborizar en el Parnaso popular, para reconstruir la vida pasada del pueblo y penetrar su carácter íntimo, o como si dijéramos, su constitución interna, o para descubrir los principios del arte de legislar y de gobernar, menospreciando esa otra fuente caudalosísima de datos para el historiador y de enseñanzas para el político, que son al propio tiempo factores integrantes de la vida nacional, y que, por lo mismo, deben ser tomados en cuenta en primer término, en todo plan serio de reformas; a los jurisconsultos, un doctrinal de máximas y reglas de justicia, fundadas en un concepto verdaderamente ético y orgánico del Derecho y del Estado, aunque inconscientes y obra de la razón colectiva empírica, para que digan conmigo si no vale la pena, después de haber oído en las aulas a Krause y Taparelli, de estudiar la filosofía del derecho que enseñan en sus hechos los rudos montañeses del Pirineo; a los legisladores españoles, una muestra viviente de jurisprudencia consuetudinaria, creada y mantenida al amparo de una codificación expansiva y tutelar, opuesta diametralmente a la celosa y opresora de Castilla, para que vean si les parece hora, ya, de ceder y reconciliarse con el fecundo principio de libertad civil; de renunciar a fundar la unidad del derecho nacional, por medio de soberbias imposiciones, sobre las ruinas de las legislaciones provinciales; de sustituir a

la rigidez del derecho estereotipado, la soberana flexibilidad del criterio racional standum est chartae, *que alienta por todo el derecho aragonés; y de rendir acatamiento a la ley de la permanencia de la costumbre jurídica, admitiéndola oficialmente en el Código civil entre las fuentes del derecho positivo; al próximo Congreso de Abogados aragoneses, un conjunto más o menos sistemático de materiales fragmentarios, incoherentes, y por decirlo así, rapsódicos, a fin de que, aquilatándolos, acendrándolos y dándoles trabazón y enlace, restauren y renueven con superior sentido la obra de Vidal de Canellas, eslabonen el porvenir con el pasado, resellando esas preciosas tradiciones (previo expurgo y selección) con el cuño de las nuevas ideas, y hagan posible de este modo el que sean erigidas un día en institución nacional; los abogados, jueces y registradores, una condensación del espíritu que informa los actos de la vida civil de aquel país, para que puedan aplicar un criterio más concreto y definido que el criterio general del Fuero, al evacuar consultas, preparar defensas, inscribir derechos, partir diferencias y pronunciar fallos; a los notarios, un extenso formulario de pactos y capítulos, probado en la piedra de toque de la experiencia, a fin de que, enseñados en él, sepan plegar su saber a las condiciones especialísimas del país donde actúan, aprendan de sí propios, comunicándose unos a otros, por este conducto, lo que les ha enseñado la práctica, el choque de intereses y la reflexión personal durante siglos, y no dejen inciertos, indefinidos o inseguros los derechos de los otorgantes, como tantas veces sucede, por no acertar a interpretar bien su voluntad, y expuestos los actos y contratos que autorizan a litigios ruinosos, por insuficiencia o defecto de expresión. En ninguna parte como en estos países de libertad civil y de régimen consuetudinario, donde las escrituras nupciales son verdaderas Constituciones, que han de detallarlo todo y extender su previsión hasta más allá del sepulcro, es una verdad el dicho de Castro —que tanto vale el Derecho cuanto los notarios quieren que valga— y una necesidad imperiosa el que vivan éstos en intimidad de relaciones con el pueblo para quien ejercen, conozcan hasta los más ocultos resortes que mueven a las familias y determinan los actos de la vida común; se penetren de cuán importante y delicado es su ministerio y lo ejerzan con la misma religiosidad que si es-*

tuvieran investidos de carácter sacerdotal, y como quien echa sobre sí, en el desempeño de su función, gravísimas responsabilidades morales.

Deduzco la doctrina, o el precepto general de casos particulares, tomando las notas comunes a muchos y generalizándolas. Señalo, asimismo, las variantes que en una misma localidad, o en localidades diferentes, ostenta cada una de las instituciones consuetudinarias que describo. A muchos ha de parecer excesivo el número de ejemplos con que autorizo la doctrina, pero me he propuesto, primero, explicar esta legislación popular por boca del pueblo mismo que la vive, y segundo, agotar, en lo posible, los múltiples aspectos en que cada costumbre se me ofrecía, porque sólo contemplándola en el conjunto de ellos, era dable penetrar y definir su verdadera naturaleza. Y tanto lo uno como lo otro requería multiplicar los hechos, a quienes confiaba el cuidado de interpretar y declarar las máximas no escritas del derecho local. Esos hechos, esas fórmulas contractuales, esas cláusulas, están copiadas literalmente de los libros del registro, notarías, protocolos y archivos particulares, habiendo tenido cuidado de no involucrar las verdaderamente populares y comunes, que traducen lo que siente y practica la generalidad, con aquellas otras que se desvían de la regla ordinaria y han de considerarse como expresión de sentimientos individuales. Tratándose, como se trata, de un derecho positivo que vive únicamente en los hechos, no se llevará a mal que declare la exactitud y escrupulosidad que he puesto en colacionarlos y en penetrar y traducir su sentido íntimo: en cuanto de mí ha dependido, no he perdonado medio para que esta sencilla exposición fuese imagen y semejanza fiel de la realidad que me proponía reproducir; he llevado a cabo diversas excursiones por todos los partidos judiciales de la zona septentrional del Pirineo altoaragonés; he puesto a contribución mis relaciones oficiales y particulares con registradores y notarios, así como la estancia en Huesca de diputados provinciales y compromisarios; he consultado a personas de todas las clases sociales, labradores, párrocos, notarios, abogados, oficiales de notarías y registros, etc.; he cotejado siempre los datos procedentes de un extremo de la provincia con los del otro extremo y los del centro, a fin de no

dar como rasgos comunes accidentes de localidad; he procurado investigar, además de las variantes de cada institución, la razón en que se inspiran, los defectos de que adolecen, sus relaciones con el fuero escrito, y sus precedentes históricos o sus afinidades, parentescos y concordias con las legislaciones y costumbres peninsulares.

Unos con sus noticias, otros exhibiendo documentos o facilitando copias, han contribuido muy eficazmente a la formación de este que podríamos denominar Fuero popular, las personas siguientes: D. Julián Martínez Adradas, D. Manuel de Cambra, D. Medardo Abbad (Benabarre); D. Francisco de Alcalde, D. Miguel Ipas, D. Fernando de Torres, D. Ramón Ger, D. Generoso Porta (Jaca); D. Ildefonso Castán. D. Joaquín Costa Larrégola (Graus); D. Marcelino Ornat (Almudévar); D. Joaquín Cerulla (Tolva); D. Plácido M. Laguarta (Ayerbe); D. Pedro Laguna (Gistain); D. Antonio Albar, D. Fernando de Cerezuela (Benasque); D. Pedro Armisén (Boltaña); D. Constancio Gil (Broto); D. Martín Ordás (Sos); D. Mauricio M. Martínez (Huesca); D. José Llanas (Roda); D. José Sánchez (Aísa); D. Juan Solana (Linás de Broto), y otros. Ajenas, y aun algunas de ellas opuestas por sus ideas a las reflexiones críticas que acompañan a la exposición, y de que debo declararme, para satisfacción suya, único responsable, sirvan sus nombres para autorizar el fondo y contenido material de este humilde ensayo, que ciertamente no corresponde al ímprobo trabajo que ha costado.

Junio de 1880

* * *

Años después de escrito lo que antecede, he leído en la «Revue historique de droit français et étranger», t. XV, 1869, esta excitación de M. Eugenio Cordier *(De l'organisation de la famille chez les basques)*, sólo en parte satisfecha con los apuntes que siguen en lo que concierne al Alto Aragón, y que conserva casi toda su actualidad respecto de Cataluña, Castellón y Baleares, Navarra y Guipúzcoa:

«Fuera de las leyes generales que acabo de citar, no me extrañaria que quedasen aún en la vertiente meridional del Pirineo costumbres locales, tanto más dignas de ser recogidas y fijadas por escrito, cuanto que serían probablemente más antiguas. Así, por ejemplo, en lo que toca a Aragón, D. Mariano Nougués, magistrado de Zaragoza, me informa que en tierra de Huesca (la *Osca* de los Romanos), los maridos aportan al matrimonio, en ciertas ocasiones, una dote igual a la de las mujeres y garantizada en la misma forma de aseguramiento. En dicha comarca se observa también que cediendo a un deseo ardiente de conservar «la casa», uno de los cónyuges concede al sobreviviente la facultad de casar en ella otra vez y de dotar con bienes de la misma a los hijos de ese segundo matrimonio, con tal de trabajar en beneficio de ella, contribuyendo a su aumento y prosperidad. Es de desear que un jurisconsulto del país emprenda la recolección de esas variedades de Derecho consuetudinario en la zona española, como lo he hecho yo en la francesa, del Pirineo.»

1. Capítulo Importancia del estudio del Derecho Consuetudinario

Forman un verdadero contraste literatos y jurisconsultos, en punto al conocimiento y al estudio de las creaciones populares. Al paso que los primeros se han consagrado durante todo este siglo, con un afán digno de todo encomio, a recoger los infinitos monumentos literarios, hijos de la fantasía colectiva, que había atesorado en el archivo viviente de la tradición oral la anónima musa de las nacionalidades históricas, diríase que los jurisconsultos habían hecho gala de desconocer las instituciones y costumbres con que la razón espontánea y original de nuestro pueblo ha corregido los vicios, o llenado los huecos de las legislaciones exóticas, que por vicisitudes de los tiempos se le impusieron[1]. La sana crítica de nuestro siglo comprendió temprano que las letras populares contenían virtud bastante para remozar con su calor y su inspiración la ajada musa de los literatos eruditos, y adivinó, por una especie de intuición, que en el fondo de esa literatura palpitaba el ser todo del pueblo, las memorias de su pasado lo mismo que sus ideales para el porvenir, su vida presente, sus aptitudes, su vocación, sus dudas, sus creencias, sus defectos y sus virtudes, su retrato moral, en suma. Pero la jurisprudencia, menos avisada, siguió impávida los derroteros de la rutina; apegada al derecho estereotipado de la Roma pagana y de la Roma papal, imperita en achaques de biología, infatuada con su saber, acostumbrada a la imposición de sus palingenesias y de sus sueños por el órgano ciego de la fuerza, apenas si se dignó conceder un mezquino lugar entre las fuentes del derecho positivo a la costumbre, y no a la costumbre que pudiese nacer de nuevo, sino, cuando más, a la costumbre transmitida por los antiguos; y desde luego negóse a reconocer que al derecho popular debía acudir para refrescar los ardores de su arrebatada y soñadora fantasía, reparar sus fuerzas cansadas por el continuado ejercicio de una vida artificial y de combate, enderezar por cauce seguro sus aspiraciones de progreso, y beber a raudales su inspiración, sin temor de

embriagarse con los vapores de un subjetivismo no menos dañoso cuando toma caracteres de tradicional, que cuando se engalana con el dictado de reformista.

Y sin embargo, nunca ha sido tan necesario como en nuestro siglo el conocimiento del derecho popular, por lo mismo que es el siglo de las codificaciones y de la unificación del Derecho civil, y en que los códigos nacionales, sobre ahogar las legislaciones consuetudinarias de las provincias y de los pueblos, han atajado el curso de los desenvolvimientos ulteriores del Derecho, hollando las leyes de la actividad jurídica, desautorizando por adelantado las costumbres que en lo venidero puedan hacer surgir los procesos evolutivos del espíritu, parando el reloj de la vida del Derecho en el punto y hora en que esos códigos se sancionaron, y condenándolo a petrificarse en aquellos moldes, como si constituyera un organismo matemático, inanimado, y no un organismo sujeto, como todos los seres vivos, a la dialéctica eterna de la historia. Lejos de establecer la ley de la vida interior del Código en correspondencia con la vida exterior del pueblo para quien fue dado, le han prohibido el vivir, lo han disecado, lo han convertido en un bello cristal, cegando en el ingreso la fuente del derecho popular. No han escarmentado en cabeza de Justiniano, que coronó con una disposición análoga su grandiosa obra de codificación, con el éxito que todos saben[2]. Este doble error, que a la costumbre existente le niega cabida en el Código nacional y a la no nacida la declara fuera de la ley y la da por muerta, aun antes de que se anuncie, constituye uno de los más graves peligros en nuestra patria, donde el problema de la codificación civil ha llegado a tomar proporciones de problema social.

No hay para qué recordar lo anómalo e insostenible de nuestro estado jurídico presente, estado de confusión y de contradicción, no sólo en la forma, inorgánica, fragmentaria, atomística, sino que también en el fondo, ajeno de unidad, obedeciendo a distintos criterios, recordando civilizaciones opuestas entre sí y contrarias a la nuestra; apenas pasa día en que no lleguen a nuestros oídos miles de voces que amargamente lo deploran, o en que no lo lamentemos nosotros mismos, en el colmo del desaliento y de la desesperación, cansados de bogar

a la ventura, sin brújula ni norte, por los revueltos mares de la legislación española, asediados siempre por la duda, inseguros en el derrotero, y al término del viaje sin la certeza de haber encontrado los preceptos o las lecciones que habíamos menester para resolver determinados conflictos o satisfacer determinadas necesidades de índole jurídica. Es ya lugar común entre nosotros, en fuerza de ser en todos los tonos y a todas horas repetida y ponderada, la necesidad de codificar nuestro Derecho civil. De un lado, el ejemplo tentador de nuestro Derecho político, penal y procesal, que ha alcanzado esa fortuna, y el éxito logrado por otras naciones en la compilación orgánica de su Derecho civil; de otro lado, la falta de unidad interna que en el nuestro advertimos, la lucha entablada de siglos entre los principios que rigen en las diferentes legislaciones provinciales de la Península, y dentro de cada provincia y de cada legislación, entre las leyes de abolengo céltico o ibérico, y las que aceptamos de la jurisprudencia romana, y las que nos transmitieron el Derecho canónico y el visigótico; de otro lado, la imposibilidad de conocer los textos legales y la jurisprudencia, y más aún, de compaginarlos y de resolver sus internas contradicciones, no ya al común de las gentes, tan interesadas, no obstante, en conocer esas fórmulas prácticas de gobierno civil, donde ha cristalizado la experiencia de todas las edades, sino a los mismos órganos oficiales encargados de sostenerlas y de interpretarlas en casos de duda y de conflicto; de otro lado, la necesidad apremiante, apremiantísima, de poner nuestro derecho positivo en relación con el pensamiento contemporáneo, que proclama la libertad en los contratos, en las últimas voluntades, en la constitución de la familia, la cual repugna principios tan absurdos como la patria potestad romana, aun en los peculios, la viuda puesta en quinto lugar en el intestado del marido, y tantos otros, vigentes, no obstante, en nuestra patria; todo esto ha promovido una cruzada, que cada día acentúa más sus aspiraciones y sus exigencias, en favor de esa suspirada codificación, que ha de acabar con el monstruoso caos y anarquía que mantiene enferma y hondamente perturbada la sociedad. Por falta de esa unificación, las provincias no se comunican unas a otras el derecho vivo y sano que a la exclusiva poseen, y en cambio, viven el derecho muerto de civilizaciones extin-

guidas, que debiera haber descendido con ellas al sepulcro. Mientras que una provincia guarda para sí las fórmulas más liberales de derecho privado que se hayan conocido jamás en la historia, las demás ven ahogada la expansiva vida moderna en los moldes estrechos y mezquinos de una legislación que tuvo su razón de ser hace quince o veinte siglos; y si bien es cierto que, al arrojar en esos viejos odres el vino nuevo, el odre se agrieta y el vino sale a borbotones, no sucede esto sin rozamientos, sin opresión, sin lucha, y todo lo irregular engendra perturbaciones y pérdida de fuerzas, que es decir pérdida de vida y progreso.

Hace ya muchos años, esas aspiraciones y este anhelo dieron de sí un proyecto de Código; de entonces acá ha pasado una generación, y es hora ya de que sacudamos la secular pereza que tan a menudo contrarresta las buenas cualidades unánimemente reconocidas en nuestro pueblo. Vuelve a despertarse, por fortuna, la antigua exigencia que dio de sí tantas recopilaciones; pero, al despertarse, incide casi en los mismos vicios que las hicieron estériles, y que hubieran hecho estéril el planteamiento de nuestro proyecto de Código civil[3]. Se ha solido tener aquí por derecho español el derecho castellano, y se ha pretendido suplantar con él las legislaciones de las demás provincias, con ser más originales y españolas que la de Castilla. Mientras no se extirpe hasta la raíz esta funesta preocupación, la formación de un Código civil español, y si no su formación, su establecimiento, será imposible. No se aclimatan los códigos como los telégrafos o los ferrocarriles, porque son productos vivientes, sujetos a condiciones de espacio y de tiempo. Esos que se proponen alcanzar la unidad de la legislación civil hiriendo de muerte las legislaciones forales, pretenden un imposible y un absurdo. Tiene mucho que aprender España de las provincias de fueros, y sería insensato quien pretendiera ahogar esa palabra elocuente que habla con la voz experimentada de los siglos. Es tan complicado el mecanismo de la vida moderna, y tan múltiples sus exigencias, que van mucho más allá que los medios jurídicos con que la tradición le brinda, y ni basta a acallarlos la filosofía del derecho, no obstante lo levantado y ambicioso de sus pretensiones. Por esto, hay que convocar,

como a un concurso, todas las creaciones jurídicas originales de nuestro pueblo, poner a contribución todos esos tesoros que nos ha legado el pasado, bien hayan mantenido su vitalidad hasta el presente día, bien hayan sufrido prematura muerte al golpe airado de los romanistas. No basta, no, acudir al derecho de Castilla, para satisfacer esa viva exigencia de fórmulas positivas de derecho, sino, además, a las legislaciones forales; y no sólo a las legislaciones forales, sino también a los códigos desusados de la Edad Media; y no sólo a los códigos municipales y generales de la Edad Media, sino a las costumbres de localidad, que no llegaron a escribirse, o que han nacido con posterioridad a la formación de aquellos cuerpos de derecho, y en las cuales hay enseñanzas de inapreciable mérito, que en vano buscaríamos en las obras de los más afamados jurisconsultos o en los códigos y fueros peninsulares y extranjeros. No es lícito menospreciar ninguno de esos elementos históricos del derecho nacional, y todos deben entrar como factores esenciales en la composición del Código. Cuando la España novísima y revolucionaria ha rehabilitado principios de nuestros antiguos fueros que las Partidas habían proscrito y nuestro pueblo relegado al más completo olvido, ¿dejaríamos de beneficiar esta preciosísima mina de la tradición? Cuando hasta la costumbre en Castilla va arrinconando su complicado sistema de bienes en la familia, y reemplazándolo por el más racional y sencillo de Aragón, ¿sería prudente codificar para la nación sin consultar todas las legislaciones que corren autorizadas por el uso, y muchos de cuyos principios en vigor no se desdeña de apadrinar la más escrupulosa filosofía? Cuando la sociedad está buscando afanosamente, por entre las ruinas de lo pasado, nuevos moldes para la propiedad, porque la antigua constitución económica no responde ya a las necesidades de la vida moderna, ni a las conclusiones del pensamiento contemporáneo, ¿sería político, ni justo, ni conveniente, consagrar determinadas formas, elevándolas en el Código a categoría de dogmas, y anatematizando por heterodoxas las demás? Y cuando el juicio popular, o sea la participación del pueblo en la administración de justicia por medio del Jurado, está conquistando rápidamente la Europa, y no se halla muy lejano el día en que sea un hecho definitivo en nuestra patria, ¿sería racional hacer del Código

civil un epitafio, negando a la ley el derecho de vivir, cegando la fuente más pura y caudalosa de su vida, la costumbre?

Convenidos en la necesidad de llamar a juicio y examen todas las legislaciones peninsulares, sin distinción de provincias, y sin preferencia de una u otra con mengua de las demás, cae de su propio peso, como correlativa suya que es, la necesidad de colacionar todos los materiales que las constituyen, y como parte integrante de ellos, las múltiples costumbres que vagan dispersas por valles y montañas, sin haber logrado nunca atraerse la atención de los viajeros ni de los jurisconsultos.

Y no sólo por razón del fondo y de los *materiales* con que han de contribuir al futuro Código esas costumbres y esas legislaciones, interesa su recolección y su análisis crítico y comparativo, sino, además, porque de él ha de surgir como consecuencia indeclinable el *criterio* que debe presidir a la redacción del Código e infundirse en él como un aliento vital. Si ha de respetarse a cada pueblo su peculiar manera de vivir, hay que principiar por respetar las costumbres que componen parte integrante de esa misma vida, e ingerirlas todas en el organismo del Código, según el principio de la variedad en la unidad. Si ha de continuar en acción la virtud plástica del derecho, si no han de ahogarse las legítimas expansiones de la vida, y la espontaneidad de la razón objetiva e impersonal, que crea incesantemente nuevas formas jurídicas; si se admite como un postulado de la razón la ley de la permanencia de la costumbre en la vida de los pueblos, sean las que fueren las condiciones de su existencia[4], hay que elevar a categoría de derecho primordial la *charta,* esto es, la *lex contractus,* la *lex domestica,* la *lex testamenti,* mantenidas en los límites de la justicia eterna, y considerar el Código como ley meramente facultativa y supletoria. Aquel ideologismo científico que negaba a lo inconsciente y a lo espontáneo todo valor y toda participación en la génesis del Derecho positivo, ha caído en descrédito, y los más serios y profundos pensadores exaltan el principio fecundísimo del *selfgovernment* en su acepción más lata, del derecho privado libre, libre de las ligaduras con que el derecho público lo condena a una vida de artificio, y en suma, de la diferenciación orgánica del pueblo como Estado en autoridades transito-

rias y momentáneas, jurado, tribunal de árbitros y amigables componedores, consejo de familia, consejo de patronos y obreros, sociedades de patronato, etc. Vencido el idealismo teórico en este terreno, donde el triunfo era más disputable, no es de presumir que arrebate la palma a su contrario en el campo menos accesible de la legislación. Si no le bastaran las protestas de la doctrina, habría de rendirse ante la evidencia de los hechos, a quienes toca siempre corregir en última instancia los extravíos de la voluntad. Cuando el Estado oficial va abdicando poco a poco en manos del pueblo (el Estado general, inorgánico, espontáneo) su usurpada potestad, tocante a la función ejecutiva del derecho, y consagrando doquiera el principio de libertad, sería empeño temerario querer alejar de su benéfico influjo, y retener sujeta al yugo de tipos invariables, y por decirlo así, estereotipados, la legislación civil, que requiere poder acomodarse a la infinita variedad de los hechos en que florece y se realiza la vida. La *libertad:* a este principio deben obedecer y por tal motor regirse las instituciones jurídicas del Código, en su relación con el derecho inmanente, personal, de los individuos y de las familias. Ahechadas todas aquellas costumbres, y todos aquellos fueros, y todos aquellos cuerpos legales, y todos aquellos estilos de la jurisprudencia, por el harnero de la razón científica, purificadas de toda deformidad, de toda inconexión, de todo accidente, puestas en consonancia con el derecho natural, recogido lo más sustancioso y conforme con el sentir común de nuestro tiempo, abreviado y concentrado lo difuso, concertado lo contradictorio, sistematizado lo incoherente, desarrollado lo incompleto, hay que ofrecer a las gentes cuantas fórmulas sobre una misma institución de derecho resulten de esa selección, no como una imposición, al modo de Castilla, sino como una enseñanza al modo aragonés. La primera y principal de las funciones que incumben al Código es aquella que el Libro de las Siete Partidas asignaba a la ley: ley es leyenda que enseña lo bueno que los hombres deben practicar y lo malo que deben huir[5]. El ciudadano debe ser libre para elevar a categoría de ley individual propia, una u otra de las leyes generales admitidas en el Código, o para derogarlas todas con relación a sí, dándose derecho nuevo. Hace ya siglos que la legislación aragonesa proclamó este principio, que es hoy nuestro

ideal: *de Foro stamus chartae*[6]; y el pueblo sabe mantenerlo vivo en sus costumbres[7].

Fuera de este criterio, no hay posibilidad de promulgar para toda la nación un código único, porque los pueblos no abdican fácilmente de su pasado, que sería abdicar juntamente de su porvenir. Sólo será viable y cumplidero, cuando después de haber reunido orgánica, metódicamente, todas las fórmulas racionales que han surgido de escoger entre ellas la que se acomode mejor a las circunstancias peculiares de cada uno, o de hacer abstracción de todas ellas reemplazándolas por una nueva, con fuerza de obligar únicamente en el caso concreto para que fue dada. Por otra parte, sólo dentro de un código que obedezca a tal principio, disfrutará el derecho de la holgura necesaria para proseguir esa evolución y serie infinita de evoluciones que en la historia admiramos, en que nuevos ideales germinan al calor de la vida real, y se traducen en costumbres, y las costumbres batallan con las leyes, pugnando por la existencia, y luego entre sí, aspirando al dominio exclusivo y absoluto, y se combinan y fusionan las unas con las otras en síntesis magníficas, engendrando sistemas nunca oídos, que a su vez se ramifican y desdoblan en nuevas y más brillantes formas, para levantarse otra y otra vez a tesis y abrazarse a nuevos ideales, y suministrar materia de nuevas leyes al legislador y asunto de nuevas meditaciones al filósofo; que de esta suerte realiza el derecho su penosa ascensión por el mundo de las formas, moviéndose alternativamente entre la tesis y la síntesis, entre la idealidad y la realidad, entre la premisa y la consecuencia de ese eterno silogismo que apellidamos *vida;* y por tal manera, si esta vida ha de ser progresiva, si no ha de embarazar el movimiento ascendente de las sociedades, le es esencial la libertad. Libertad en la contratación, libertad en la testamentifación, libertad en su disolución, libertad en el consejo de familia y en las atribuciones que se le reconozcan, libertad en el arbitraje: la libertad siempre y por doquiera, que ella es el más noble distintivo del hombre, y si por su causa surgen al lado del Código muchedumbre vivaz de costumbres *preter legem,* no nos apesadumbremos de ello, que no está precisamente en la unidad el progreso, que también la unidad es a menudo signo de

desorden moral y de despotismo, que en la aparente anarquía de la naturaleza estriba precisamente su hermosura, y la ley de la variedad es quien engendra el movimiento que todo lo fecunda y la armonía que todo lo embellece y la libertad que lo ilumina todo con sus inmortales resplandores.

Hay más. Viene rigiéndose nuestra política, hace cincuenta años, por códigos que llevan estampado en su frontispicio este lema: *libertad.* Y es deuda de nuestro siglo, si ha de obedecer al imperativo de su conciencia y de la lógica, elaborar un Código civil inspirado en esa misma idea. La libertad civil y la libertad política se corresponden como la voz y el eco: es contubernio nefando y no legítimo conyugio el que forman constituciones políticas cimentadas en la soberanía popular y códigos civiles opresores en fuerza de querer ser tutelares. Reconocer el *selfgovernment* en la ciudad y negarlo en la familia, es faltar a la razón y desaprovechar las sanas lecciones de la historia. La libertad del ciudadano queda mutilada, desde el momento en que se impone al gobierno doméstico otras ni más leyes que las que nacen del seno mismo del hogar, el cual es un Estado tan propio de sí y tan sustantivo como la nación, que es un centro jurídico tan original y tan creador como un congreso nacional o europeo, y más que un congreso europeo.

Llevado de estas convicciones, y deseoso de promover el estudio del derecho popular de nuestra patria, cuya importancia, no sólo para la historia de las instituciones jurídicas peninsulares, sino también y principalmente para auxiliar los futuros trabajos de codificación civil, a nadie puede ocultarse, he acometido la ardua tarea de estudiar, por vía de ejemplo, la vida jurídica en el Pirineo aragonés, y deducir de los hechos en que se manifiesta, las leyes no articuladas ni escritas que la rigen[8]. He consultado al efecto (no con la detención que requerirá en su día un estudio de más trascendencia que el presente, lo confieso) los protocolos y notarías de Jaca, Boltaña, Benasque, Benabarre y Huesca; y me han facilitado instrumentos y noticias multitud de amigos que se nombran en el *Prólogo.*

El mayor número de las costumbres que son objeto de este ensayo, giran en derredor de la familia; y no sería fácil formarse cabal idea de ellas, sin adquirir previamente un conoci-

miento total de esa institución, a cuyo derecho como otros tantos capítulos, o miembros, se refieren.

Apéndice a este capítulo

El precedente capítulo sobre la importancia del estudio del Derecho consuetudinario y la relación de éste con el problema de la codificación civil, fue escrito y publicado en 1879 *(Revista general de Legislación y Jurisprudencia,* t. LIV, página 141).

En el año siguiente hube de agregarle, por vía de apéndice, algunas observaciones *(Revista* cit., t. LVI, pág. 545 y siguientes), que lo amplían y aclaran en algún punto, y que no han perdido del todo su actualidad; por cuyo motivo son de reproducir en este lugar.

Pág. 13). *Vuelve a despertar aquella antigua aspiración que dio de sí tantas recopilaciones...* A pesar de manifestaciones tan contrarias por parte del Estado oficial, desde que se escribieron esas líneas ha seguido acentuándose más y más el movimiento de la opinión en favor de un Código civil nacional, y aun ha principiado a dar sus frutos. Entre la multitud de hechos que de esto deponen, y que pudiera recordar (aun hecho caso omiso de las agrias censuras formuladas en el extranjero, y de que se ha hecho eco el italiano Foresta en su reciente libro *La Spagna,* quien encuentra anómalo e inconcebible que carezca España de un Código, cuando lo tienen hasta las repúblicas hispanoamericanas), citaré uno por lo señalado y característico. En vista de las dilaciones que sufre contra toda razón esa obra apremiantísima, reclamada por todos los intereses de la civilización y de la política, en uno de los antiguos estados de la Península se ha pensado recientemente en recopilar sus tradiciones jurídicas, sistematizarlas en un cuerpo único, y pedir a las Cortes de la nación que las revista de la necesaria fuerza legal. La iniciativa ha partido del distinguido jurisconsulto, ex ministro de Gracia y Justicia, D. Joaquín Gil Berges. Con ocasión de un prólogo puesto al libro de D. Emilio de la Peña, sobre *Fueros y observancias de Aragón*[9], dice

que, aunque no tanto como en Castilla, por la índole peculiar de la legislación aragonesa, también en Aragón se siente la necesidad de reformas legislativas. Aun en lo relativo a aquellos principios cardinales del Fuero que los aragoneses no podrían consentir que fuesen abolidos (condiciones de la capacidad jurídica, tutela paterna, viudedad, libre constitución de la familia, testamentifación, etc.), surgen a cada paso cuestiones gravísimas, ya por deficiencia de los textos, o por consecuencia de cierta *idiosincrasia* de muchos funcionarios (registradores y jueces principalmente), extraños al país, refractarios a la especialidad del Derecho foral, que oponen constantemente dificultades sobre los principios más elementales y corrientes del Fuero, y que dan origen a infinidad de fracasos y sorpresas forenses, o por la indecisión de la jurisprudencia, que no acierta a resolver dudas diariamente reproducidas ante los tribunales de justicia, señaladamente en materia de testamentifación; todo lo cual hace necesario y urgente que se metodice en una compilación orgánica el conjunto del Derecho foral. Sin contar con que las tendencias igualitarias de nuestro tiempo, y las nuevas nociones que la filosofía y la práctica del Derecho han acreditado en materia de procedimiento y de penalidad, hacen obligado un expurgo, y cuando no, una aclaración de multitud de disposiciones nimias e impropias de la seriedad de un cuerpo legal, o extemporáneas y desusadas, y que, en todo caso, engendran dañosas confusiones, y a veces pleitos reñidos y costosos, como las aventajas, firma de dote en fincas, consorcio foral, prescripción, etc. «Las cosas, dice, no pueden ni deben continuar así, y tienen solución franca y llana dentro de la Constitución política del Estado español. La necesidad que semejante situación arguye, no ha de moverse el Gobierno espontáneamente a satisfacerla, ni convendría que lo hiciese, porque una reforma de esa naturaleza, elaborada lejos de la acción e intervención de los principales interesados, acaso no se informaría en los deseos y verdaderas aspiraciones de éstos. A los poderes oficiales hay que servirles la obra elaborada y acabada, y recabar luego de ellos que la revistan de fuerza legislativa. ¿Y el camino práctico para llevar a cabo esta obra? Que se reúna una Asamblea de abogados aragoneses para redactar un Proyecto de compilación legal ordenado y metódico, y que se acepten en

ella todos aquellos artículos del Proyecto del Código civil de 1851 que no contraríen la especialidad de la legislación provincial, ya que se ha convenido al cabo en recibir por derecho supletorio del aragonés el de Castilla. Ya Franco y Guillén demostraron hace cuarenta años, en sus incomparables *Instituciones*, la posible realización de este propósito. Una vez redactado el Proyecto, debería instarse a las cámaras legislativas de la nación, por medio de los representantes aragoneses, su promulgación como ley obligatoria en aquel territorio.

Por los mismos días en que el Sr. Gil Berges hacía público tan feliz pensamiento, y ponderaba la urgencia y demostraba la posibilidad de un Código civil nacional, aduciendo razones en que se descubre toda la profundidad y el sentido práctico de un hombre de estado aragonés, el Sr. Álvarez Bugallal, ministro en la actualidad de Gracia y Justicia, preparaba un decreto, que se ha publicado el día 4 del corriente febrero, en el cual previene a la Comisión de Códigos que emprenda inmediatamente la obra de la codificación civil, tomando por base el Proyecto de 1851, y la deja ultimada en término de un año precisamente. Nadie aguardaba semejante novedad, y a todos ha causado sorpresa. Mucha variación han sufrido, en obra de meses, las opiniones del ministerio conservador: poco más de un año hace, calificaba de utópica, por boca del Sr. Collantes, la empresa de la codificación, y aseguraba que había de transcurrir un período muy largo antes de que fuese posible; ahora, por un órgano del Sr. Bugallal, «cree llegada la hora de poner término a dilación tan lamentable y de acometer con decidido empeño una obra que tanto interesa al bien común». No confío que llegue a sazón el pensamiento; les falta vitalidad a las situaciones dominantes para reformas de tanta monta; sería demasiado optimista quien pretendiese que han de ser más afortunadas las civiles que lo han sido las administrativas, y no se habrá echado en olvido el fracaso, inconcebible en otra nación que no fuese la nuestra, de la Comisión nombrada al efecto el año pasado. Habrá un proyecto más. Es de notar, sin embargo, en él un progreso notable con respecto al de 1851; se ha desistido ya del empeño, vano si los hay, de elevar a categoría de derecho nacional el derecho castellano, con exclusión de

todo otro; se admite la posibilidad de «aceptar alguna disposición foral que, como la *viudedad,* por ejemplo, convenga acaso introducir en la legislación general, para vigorizar la familia»; se agrega a la sección primera de la Comisión de Códigos, en calidad de miembro correspondiente, un letrado de ciencia y práctica reconocidas por cada uno de los territorios o circunscripciones siguientes: Cataluña, Aragón, Navarra, Provincias Vascongadas, Islas Baleares y Galicia, con encargo de que redacte en término de seis meses una memoria acerca de los principios e instituciones de derecho foral que, por su vital importancia, sea indispensable, a juicio suyo, introducir en el Código general; de aquellos otros que, por tener un robusto apoyo en sentimientos profundamente arraigados y tradiciones dignas de respeto, o afectar de un modo grave a la constitución de la familia o de la propiedad, deban incluirse en el derecho civil como excepción, respecto a cada cual de dichas provincias, de cada una de las disposiciones generales sobre las mismas materias; y últimamente, de las innecesarias y desusadas de que pueda y deba prescindirse.

Fuera de esto, el decreto en cuestión adolece de omisiones y defectos gravísimos; defectos y omisiones que afectan a la esencia misma del procedimiento que debiera seguirse, en buena ley, para codificar en las condiciones especialísimas de nuestra tradición jurídica y de nuestra situación presente. 1.° En primer lugar, no adopta providencia alguna encaminada a estudiar y fijar por escrito las costumbres jurídicas de la Peninsula, que en algunas comarcas alcanzan una importancia acaso superior a la de su derecho escrito, y entre las cuales las hay que conviene generalizar, como, por ejemplo, el consejo de familia en las condiciones amplísimas con que viene funcionando de antiguo en el Alto Aragón. 2.° Por mucha que sea la ciencia y la experiencia del letrado favorecido por el voto del ministerio, es peligroso remitir al criterio de una persona sola asunto de tanta trascendencia; lo prudente y lo procedente hubiera sido confiar esa delicada misión a una Junta o Asamblea de jurisconsultos, elegidos por los Colegios de Abogados de cada una de aquellas circunscripciones territoriales, con lo cual se habría reunido un caudal de ciencia y de experiencia muy supe-

rior al que puede poseer un letrado solo, y habrían podido tenerse en cuenta las variantes de cada institución, debidas a la práctica de las diversas localidades, que mejoran acaso o desarrollan y completan el principio general del Fuero. 3.° Encomienda luego la redacción del Proyecto a jurisconsultos distinguidísimos, pero magistrados castellanos o abogados del Colegio de Madrid, y no a una Comisión especial, compuesta de uno o de dos jurisconsultos castellanos y otros tantos de cada uno de los territorios forales especificados en el decreto, designados por las mismas Juntas o Comisiones de letrados que hubiesen redactado el informe o memoria; que sería, si acaso, lo puesto en razón. No se acaba nunca de renunciar a la equivocada idea de que la legislación castellana sea la principal (*común,* que se dice) y las forales únicamente accesorias y secundarias, y que cuando más, deban tener éstas voz, pero no voto, en la elaboración del Código nacional[10]. Tan funesta preocupación es por sí sola capaz de esterilizar todo el trabajo de la Comisión. Debiera congregarse a las provincias de fueros, representadas por letrados, graduándolas a todas en igual línea, sin exceptuar a Castilla, una de tantas, y no menos ni más. Los jurisconsultos de las provincias aforadas conocen la legislación de Castilla como los castellanos, además de la suya propia, mientras que a éstos sólo la primera les es familiar; por manera que una Comisión compuesta de letrados pertenecientes a los territorios en cuestión se hallaría en condiciones para redactar un Código verdaderamente español, y no podría hacerlo componiéndose solamente de castellanos, leoneses, extremeños, andaluces o valencianos. Pero, aun suponiendo que le asista el conocimiento a la Comisión, siempre le faltará un elemento que es esencial en toda obra: no basta conocer las cosas para quererlas; es preciso, además, *sentirlas,* y esto no se consigue sino muy imperfectamente por medio del estudio o de la especulación abstracta. El letrado navarro propondrá la libertad de testar, y los jurisconsultos aragoneses y catalanes suscribirán su proposición; el letrado aragonés opinará que debe darse carácter general al derecho de viudedad, y los jurisconsultos catalanes y vascongados votarían con él; pero la Comisión de jurisconsultos castellanos ¿podrá resolverse a introducir tan atrevidas innovaciones sólo porque uno, o dos, o tres letrados

en sus respectivas Memorias opinen de ese modo? ¿No se inclinará más bien a generalizar el absurdo sistema de legitimas y el régimen dotal de Castilla, y a destruir aquellas nobilísimas instituciones del Fuero, o si a tanto no se atreve, a dejarlas recluidas en sus actuales límites, haciendo en buena parte ineficaz la obra de la codificación?

Lejos de haber perdido su oportunidad el proyecto de una codificación foral propuesta por el Sr. Gil Berges, puede decirse que se la ha acrecentado el decreto sobre codificación general expedido por el Ministerio de Gracia y Justicia. Las omisiones padecidas en él, debe subsanarlas, en el grado que sea posible, la iniciativa individual. Congregados por propia autoridad en Asamblea privada los abogados aragoneses (y lo mismo, en sus respectivos territorios, los catalanes, navarros, etc.), podrían realizar una doble obra: 1.° Codificar el derecho aragonés, así el escrito en fueros, observancias y sentencias o decisiones, como el que no ha salido nunca del estado consuetudinario. 2.° Discutir y acordar los principios de derecho foral que pueden y deben ser incluidos en el Código general de la nación española; cuáles conviene abolir o modificar, y cuáles otros, cuya generalización parezca imposible o de dudoso éxito, deben acogerse al Código en calidad de costumbre local, aplicable únicamente a las localidades donde rigen en la actualidad. Esta segunda parte, para la Comisión de Códigos; ya le sea presentada directamente, ya la prohije y suscriba el letrado aragonés nombrado por el Gobierno. La primera, esto es, la codificación del derecho aragonés, dista mucho de haber perdido su actualidad: primero, porque el principio de la no retroactividad de las leyes obligará, durante mucho tiempo, a recurrir a los fueros y costumbres antiguas; segundo, porque, aun cuando la Comisión reproduzca en el nuevo proyecto, y las Cortes acepten, el art. 5.° del Proyecto de 1851 —aberración que es muy de temer, supuestas las doctrinas imperfectísimas que corren en materia de fuentes del derecho—, no se podrá impedir que subsistan en forma de costumbres muchos de los principios forales actualmente en vigor, que puede preverse serán sacrificados en el Código en aras del espíritu socialista y absorbente que informa la legislación castellana; la educación científica que han

recibido los dignos miembros de la Comisión de Códigos, no permite esperar una reacción favorable al sistema de amplísima libertad civil que domina en aquellas legislaciones, y de que tan orgullosos se muestran aragoneses y navarros; tercero, porque una buena parte del derecho aragonés reviste todavía la forma fragmentaria, incoherente e inorgánica de la costumbre, siguiéndose de ella, como es natural, todos los daños que son inherentes a la vaguedad y falta de fijeza propias de esa fuente de derecho; y urge sobremanera coleccionar esas preciosas rapsodias jurídicas, creadas por el genio profundo, originalísimo y sin igual del pueblo aragonés, y coordinarlas y sistematizarlas en un cuerpo legal, que sea como la condensación artística de todos esos materiales casi amorfos, elaborados por la acción inconsciente de los siglos; urge sobremanera que el arte del científico y del legislador vengan en auxilio del derecho popular, para idealizarlo, purificarlo, sublimarlo e imprimirle aquel sello de firmeza y de seguridad que la vida requiere, y sin el cual su eficacia se debilita y tal vez se disipa. Un ejemplo. No hay comarca ni nación en Europa donde el Consejo de familia ejerza un ministerio tan importante como en el Alto Aragón: interviene en todos los actos de la familia, penetra toda la vida, forma parte integrante de todas las instituciones del derecho doméstico; pero el fuero no lo regula ni consagra, y los particulares se ven obligados a establecerlo de una manera expresa en cada caso. Ahora bien, puede suceder: primero, que por no haber otorgado capitulaciones matrimoniales los cónyuges, o por un olvido del notario que dio fe de ellas, o por cualquier otra causa ajena a la voluntad, se haya hecho caso omiso del Consejo de familia; segundo, que al estatuir acerca de él, se haya incurrido en vicios de expresión que hagan susceptible la cláusula de dos explicaciones diferentes. No se ha menester más para que la discordia asome la cabeza y agite su tea, para que se promuevan pleitos dispendiosos, y se disuelva una familia o se arruine un patrimonio. Sea la cláusula siguiente: «Caso de morir los dos contrayentes o el uno de ellos, con hijos y sin disponer, hará la disposición en favor de éstos el cónyuge que sobreviva, con dos parientes de cada parte, los más cercanos, quienes nombrarán heredero universal al hijo que a su juicio convenga más para el gobierno y conservación de la casa, con

obligación de dotar a sus hermanos, etc.» Si fallecen los dos cónyuges sin haber hecho la designación de heredero, se pretende que han muerto intestados, porque según el tenor de esa capitulación, no existiendo el uno de ellos, no pueden los parientes representar al otro, ni, por tanto, constituirse en Consejo para instituir heredero; y si el hijo mayor no se aviene con esa interpretación, que es decir, con la partición de la herencia entre todos los hermanos por partes iguales, entablan contra él la correspondiente demanda ante el Juzgado de primera instancia. En los de Barbastro y Tamarite se han seguido recientemente pleitos fundados en tan liviana causa, que se habrían evitado a haber figurado en el Fuero escrito el Consejo de familia. Por este tenor pudiera ir citando otros muchos ejemplos.

* * *

El Congreso Jurídico a que acaba de hacerse referencia, se celebró en Zaragoza en 1880; véase el tomo XI de la «Biblioteca jurídica de Autores españoles», *La Libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, Madrid, 1883.

Posteriormente, se ha redactado un proyecto de Código civil aragonés por una Comisión de seis letrados de Zaragoza, señores Franco, Gil Berges, Martón, Isabal, Ripollés y Sasera; pero todavía no ha sido sometido a juicio del país ni propuesto, o presentado, a los Poderes.

Notas

1 Este contraste se hace manifiesto comparando el número contadísimo de obras sobre Derecho consuetudinario que han visto la luz en nuestro siglo, con la riquísima literatura que la crítica de la presente centuria ha consagrado a la poesía popular de toda Europa, colacionándola, ilustrándola y brindando al historiador sus elementos materiales y el espíritu de los tiempos que la musa del pueblo ha hecho inmortal. De la importancia y extensión de esa literatura puede formarse juicio por el precioso libro del docto catedrático D. Manuel Milá, «*De la poesía heróico-popular castellana*». De las relaciones entre la Poesía y el Derecho, me he ocupado en el preliminar de mi «*Poesía popular española* (introducción al Tratado de política racional e histórica, sacado textualmente de los refraneros, romanceros y gestas de la Península)».

2 «La ley no puede derogarse, en todo o en parte, sino por otra ley posterior» (*Código holandés*, art. 5). «La ley no puede ser abolida, en todo ni en parte, sino por disposición expresa o tácita del legislador» (*Código de Baviera*, art. 12). «La costumbre no constituye derecho ni es obligatoria, sino en los casos en que la ley se refiere a ella» (*Código*

austriaco, artículos 10 y 11). El *Código Napoleón* y demás europeos, ni siquiera se toman el trabajo de desautorizarla expresamente, juzgándolo innecesario.

El proyecto de Código civil español (de acuerdo con las leyes recopiladas 3 y 11, libro III), dice en su artículo 5.°: «Las leyes no pueden ser revocadas sino por otras leyes; y no valdrá alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguas y universales que sean». Y añade el comentarista Sr. García Goyena: «Conviene a la dignidad del legislador y a la de la misma ley, que no pueda ser derogada sino por otra; a más que *nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est*, según la 35 de *regulis juris*. La prueba de la costumbre ha sido y será siempre difícil de fijar: su resultado será equívoco. ¿Cuánto tiempo será necesario para constituirla? ¿por qué actos judiciales o extrajudiciales? Suponiendo necesaria la ciencia y tácita aprobación del legislador, ¿cómo se probará donde la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey? ¿Y no podrán probarse dos costumbres contrarias a un mismo tiempo?»

Hay que convenir en que el conocimiento de la naturaleza del Derecho consuetudinario ha retrocedido inmensamente desde el siglo XVII, en que el sabio jesuita Suárez puso sus fundamentos (*Tractatus de legibus*, saepe, pero principalmente cap. VII); y urge sobremanera sistematizar la ciencia de las fuentes del Derecho, todavía en mantillas.

3 Algún tratadista (D. Sabino Herrero) ha recopilado el derecho castellano vigente en forma de Código, con el propósito de facilitar su consulta a los abogados. La *Revista de Tribunales* proyectó el año último la constitución de una sociedad de jurisconsultos, al efecto de preparar y promover la codificación civil española; y la prensa periódica acogió favorablemente el pensamiento. El senador Sr. Maluquer pedía en la última legislatura la redacción de un Código civil, obligatorio para toda la nación. Recuérdese las recientes alarmas de algunas provincias, por las tendencias niveladoras del Tribunal Supremo de Justicia, y las excitaciones separatistas de un periódico barcelonés, secundadas por otro vascongado. El catedrático D. Félix de Aramburu prepara un libro, *La Codificación civil en España*, para la Biblioteca Jurídica de Autores españoles, de Reus y García. La *Revista general de Legislación y Jurisprudencia* ha inaugurado una sección de Derecho foral, que es de esperar contribuya a corregir las tendencias exclusivistas de los jurisconsultos castellanos, en la futura redacción del Código nacional. No ha escapado a este movimiento el Derecho administrativo, y ya en 1873 se expidió un decreto (Pi-Carvajal), creando una junta que, en término de cuatro meses, debía presentar a las Cortes toda la legislación del ramo de Hacienda, reunida y unificada en un *Código general*. Con razón deplora el Sr. Martínez Alcubilla que no se llevara a ejecución este decreto, fundado en los más racionales considerandos. El Sr. Freixa ha publicado en forma de Código el Derecho administrativo. El Sr. Danvila ha dado a la luz un proyecto de Código rural; y el señor Pérez de Molina publicó también hace cuatro o cinco años un trabajo muy estimable sobre la Codificación civil.

Para fundar el Sr. Maluquer su opinión acerca de la necesidad y de la posibilidad de llevar a cabo la codificación para toda la Península, alegaba, entre otras razones, la de que ya lo había intentado y ejecutado en repetidas ocasiones la iniciativa individual, reuniendo en un cuerpo único las disposiciones de Derecho civil común y foral. El ministro de Gracia y Justicia, señor Calderón Collantes, declaró que no era partidario de la codificación: no creía posible una transacción entre la legislación castellana y la foral; prefería llegar a la completa unidad legislativa, en un plazo muy largo, resolviendo por medio de leyes especiales las cuestiones de Derecho, así como se fuesen presentando; y fundaba su parecer en el hecho de haber transcurrido treinta años desde que terminó el Proyecto de Código, sin que ningún Gobierno se haya atrevido a plantearlo. A este dictamen se asociaba el senador Sr. Concha; también éste creía que la unidad debe prepararse dictando leyes especiales que vayan trayendo la legislación foral, en cuanto sea conveniente, a ser general, y viceversa; por ejemplo, planteando, por vía de ensayo, la libertad de testar.

[4] Esta y las demás leyes de la vida jurídica las he definido en *La Vida del Derecho*, Madrid, 1876, § 17-21: desarrollaré la doctrina en *«El Derecho consuetudinario»* que preparo para la *Biblioteca Jurídica* de Reus y García.

[5] «Ley tanto quiere decir como leyenda en que yace enseñamiento de soberano, é castigo *(enseñanza)* escripto, que liga é apremia la vida del home que no faga mal, é muestra é enseña el bien que el home debe facer é usar; é otrosi es dicha ley, porque todos los mandamientos della deben ser leales é derechos, é cumplidos segun Dios é segun justicia». (Partida I, tit. 1.°, ley 4.ª).

[6] Observancias y fueros de Aragón, 1) *de equo vulnerato*. — *Cf.* observ. 6 de confessis: «Judex stat instrumento», y 16) *de fide instrumentorum:* «Judex debet stare semper et judicare ad cartam et secundum quod in ea continetur, nisi aliquod impossibile vel contra jus naturale continetur in ea». — En Aragón es libre la voluntad de los contrayentes, pudiendo pactarse y convenirse todo lo que no fuere contra la moral y las buenas costumbres (J. Portolés, *De consortibus*, v. *consultatio)*. Las disposiciones forales hácense lugar únicamente cuando nada hubiesen convenido entre sí las partes acerca de la materia u objeto sobre que versan (M. Dieste, *Diccionario de Derecho aragonés*, v. *Sociedad conyugal)*. — «La sociedad conyugal se arreglará a lo dispuesto en el presente título. Sin embargo, los contrayentes están facultados para separarse en todo o en parte de lo que en él se dispone. Las disposiciones anteriores, y las que en lo restante de este título se contienen, sólo tienen lugar cuando nada hayan dicho los contrayentes acerca de los extremos que abrazan; pues cuando manifestaren su voluntad sobre todos o alguno de ellos, ésta es la que servirá de regla. En la capitulación pueden ponerse los pactos que quieran los contrayentes, aprovechando o renunciando las disposiciones forales». (Franco y Guillén, *Instituciones de Derecho civil aragonés*, caps. 2.° y 3.°, arts. 25 y 42). Cf. J. Sessé, *Decisiones de los Tribunales*, 397.

«Y es tan lata esta facultad de pactar, que, según Portolés, v.° *instrumentum*, son un axioma popular las siguientes palabras: Aragón tiene en la carta plena potestad, por lo mismo que, excepto dos cosas, nada se le puede resistir, a saber: el derecho divino como inmutable, y el natural como necesario.»

[7] La ley sólo rige por voluntad tácita o expresa de los particulares. He aquí cómo entienden y practican los contrayentes en sus capitulaciones aquel principio capital de la legislación aragonesa: «Item fue convenido entre dichas partes, que la presente escritura de capítulos matrimoniales en todo se entienda en la forma aqui pactada, y no según fuero ni otra ley». «Pactaron, por último, que lo contenido en esta escritura se observe, no obstante cualesquiera leyes, fueros, usos y costumbres en contrario». «Que en todo lo demás que no sea contrario a lo establecido en la presente capitulación, se entienda arreglada a los fueros, observancias y costumbres del presente reino de Aragón». «Cédula de capitulación matrimonial, otorgada por F. y N..., y cuya cédula no la hacen según los fueros del reino de Aragón ni leyes de otro reino alguno, sino así según y como se contiene en los capitulos infrascritos tan solamente». *(Cláusulas tomadas de escrituras de capitulaciones matrimoniales)*.

[8] ¿Aludiría a ellas el rey D. Alfonso II, cuando en un privilegio de confirmación de fueros de 1187, se expresaba en la siguiente forma: «scio enim quod in Castella, in Navarra et in aliis terris, solent venire Jaccam *per bonas consuetudines et fueros addiscendos*, et ad loca sua trasferendos»? «Cuando de todas partes acudían a Jaca (dice Muñoz Romero) a aprender sus usos y costumbres, es de presumir hubiese, además de estos fueros, otros muchos que no estuvieran escritos y formasen su derecho consuetudinario. Si en aquella época no existía en Jaca otra legislación foral que la escrita, no tenían, en verdad, necesidad de ir a estudiarla los castellanos y navarros». (*Colec. de ff.*, pág. 243).

[9] *Revista de Aragón*, 15 y 30 de enero de 1880.

[10] Según el decreto, los letrados de las provincias aforadas *podrán* asistir a la Sección primera con voz y voto, pero su asistencia no se reputa esencial: es potestativo en ellos el acudir, o no, a las sesiones.

2. *Capítulo* La comunidad del Alto Aragón

Es la familia aragonesa tipo y dechado de familias, entre tantas como hallaron eco y acogida en las legislaciones peninsulares. El Derecho foral aragonés, único conocido generalmente de los jurisconsultos, y la costumbre que lo complementa y rectifica mediante instituciones de superior valía, secundados por el carácter eminentemente práctico y justiciero de esta raza, han alcanzado en materia de familia casi la perfección. Estriba su mérito principal en haber sabido armonizar en ella el principio tradicional de la unidad de poder y de la perpetuidad del hogar, con el respeto más profundo a la personalidad de los miembros que la componen. La libertad es el sacerdote que ha bendecido esos desposorios y el lazo que los ha hecho posibles. La familia, en Aragón, se constituye por sí misma, se da a sí propia el derecho, a diferencia de Castilla, donde el Estado impone a todos un mismo tiránico rasero. Consigna el Fuero un sistema de Constitución doméstica, con los derechos de los cónyuges, régimen de los bienes, participación en ellos de los hijos, etc.; pero es sistema todo él voluntario, facultativo, no obligatorio, y los contrayentes son libres de aceptarlo o de ordenar y pactar otro diferente. Gracias a este régimen liberal, ha podido perpetuarse, si bien modificada por el natural influjo de los tiempos, aquella primitiva familia patriarcal, patrimonio común, en pasadas edades, de todas las razas del continente, y que sólo ha logrado salvarse hasta hoy de los naufragios en que la ha envuelto la historia, entre algunas naciones eslavas, y en muy contadas localidades de raza céltico-latina.

El sistema de comunidad doméstica que voy a describir, sólo se encuentra completo en la región montañosa del Alto Aragón, lindante a E. y O., respectivamente, con Cataluña y Navarra, y limitada al N. por Francia, y al S. por las sierras de Guara y de Sevil y sus prolongaciones a oriente y poniente (partidos de Jaca, Boltaña y Benabarre). Algunos de sus rasgos más carac-

terísticos, y, sobre todo, su espíritu, hallaron sanción en el Fuero general. Entre éste y la comarca septentrional que queda deslindada, se extiende una zona de transición, el somontano de Huesca, el de Barbastro, etc., cuyo Derecho familiar ostenta, además de los caracteres generales del Fuero, algunos otros particulares, emprestados, por decirlo así, a la comunidad doméstica del Pirineo.

Constituye cada familia una verdadera asociación, regida por el padre, o por uno de los hermanos, o por un pariente o extraño adoptado por ella. El patrimonio es indivisible. No se abre nunca juicio de abintestato. Cuando el jefe ha envejecido, designa un sucesor entre sus hijos; y si no los tiene, los adopta. Cuando fallece sin haber designado heredero, lo hacen por él sus parientes, reunidos en Consejo de familia. El criterio de la elección es doble: moral y económico; se elige a aquel que parece más apto para sostener el peso de la administración y el gobierno de la comunidad, y al que por sus buenas cualidades se ha hecho más acreedor a esa distinción. Generalmente es el primogénito. Los demás hermanos le obedecen y respetan. Tienen derecho a ser sustentados en la casa, con tal que trabajen en beneficio de ésta cuanto puedan. Los que nunca salen de ella, manteniéndose célibes toda la vida, son designados con el apelativo de *tiones*. Si van a trabajar de temporada fuera del pueblo, sea como peones, jornaleros o sirvientes, conservan el derecho de volver a la casa paterna en iguales condiciones que antes, salvo si se hubieren establecido definitivamente. Mientras permanecen en ella, suelen formarse un peculio, llamado *cabal* (cabdal, caudal; de donde el sobrenombre de *cabaleros* que se les aplica en este respecto), sobre la base de una corta cantidad en metálico, o de un pequeño número de ovejas que se les confía cuando llegan a cierta edad. Si se establecen fuera de la casa, reciben dote o legítima, que se calcula por los productos y mobiliarios de aquélla, sin tocar a los bienes raíces *(al haber y poder de la casa);* recibida esa legítima, pierden todo derecho a recibir cosa alguna más, y por el contrario, su valor se asegura con hipoteca sobre inmuebles de la casa a donde el hijo o hijos van a establecerse, para que vuelva al tronco de donde procede en caso de fallecer sin hijos y sin haber hecho

especial disposición en favor de otros *(fuero de troncalidad).* Para evitar esas desmembraciones unas veces, otras porque escasean los brazos y, otras, finalmente, porque el hijo mayor a quien se ha confiado la jefatura no tiene sucesión y la familia está en peligro de extinguirse, contraen matrimonio en la casa paterna uno, o más hijos, o hijas, con los mismos derechos que el primero salvo la jefatura: dase a esto el nombre de *casamiento sobre bienes,* y a ellos *acogidos*, y también *adoptados.* Cuando los acogentes carecen de hijos, o de hermanos, acogen y casan sobre sus bienes a sobrinos, o primos, y aun a extraños. Juntos todos, los padres ancianos, a quienes compete por reserva la jefatura honoraria *(el ser señores mayores),* el hijo instituido por aquéllos heredero y sucesor suyo, y a quien corresponde en consecuencia el gobierno activo de la comunidad, y los acogidos (sean deudos o extraños), constituyen el Poder legislativo; toda resolución de importancia ha de ser acordada de mancomún; las enajenaciones de raíces son nulas si no las consienten todos los asociados y sus respectivas mujeres. Los hijos de éstos se hallan colocados todos en igual línea por lo tocante a educación, mantenimiento y dote o legítimas, sin más prerrogativa por parte de los hijos del jefe que la de ser preferidos a los demás para suceder en la jefatura de la comunidad, cuando llegue el caso. Las viudas permanecen en la casa toda su vida, con derecho a ser sustentadas de sus productos mientras no *convolaren* a otro matrimonio fuera de ella. También lo tienen a contraerlo en ella, en las mismas condiciones que el primero, siempre que sea con persona del agrado de los parientes; otra condición también muy frecuente es que hayan quedado hijos menores. Al pacto en que se establece esa reserva, se dice de *casamiento en casa.* Como antes, no se hace distinción entre los hijos de uno y otro matrimonio, salvo en lo tocante a la jefatura. Todavía forma parte de esta comunidad una nueva clase de personas: los *donados.* Son célibes de alguna edad, ordinariamente pastores o mozos de labranza, que *se dan* a la casa y que la casa adopta, que se hacen miembros de aquella familia para toda la vida, y le entregan sus ahorros, sin más derechos que el de ser alimentados y asistidos, sanos o enfermos, con todo lo necesario, hasta su muerte, ni otro compromiso que trabajar en provecho de la casa en cuanto les ordena-

re el jefe de ella o los demás asociados, si los hay. Remate y corona de tan complejo organismo es el Consejo de *parientes*, con autoridad ejecutiva en los instantes más críticos de la vida de la familia, nombramiento de heredero o jefe, autorización de segundas bodas al cónyuge forastero, señalamiento de legítimas, arbitraje en casos de discordia, elección de tutores, interpretación del estatuto doméstico (capitulaciones matrimoniales), etc.

Compárese ahora la comunidad altoaragonesa con la eslavomeridional. Hállase en vigor en aquellas comarcas que se extienden desde los Balcanes al Danubio, y que han recobrado en el año anterior su autonomía, o que siguen dependiendo de Austria o de Turquía, la Herzegovina, Montenegro, Dalmacia, Bulgaria, Servia, Bosnia, Croacia, Slavonia y los confines militares. La unidad social, dueña del suelo, es la *zadruga* o comunidad doméstica, esto es, la asociación de los descendientes de un antepasado que habitan un mismo recinto, trabajan en comunidad, y en común disfrutan los productos del trabajo agrícola. El número de personas de que consta cada comunidad, oscila entre 10 y 20, procedentes de tres generaciones, padres, hijos (uno de los cuales es el *gospodar* o jefe) y nietos. Rara vez llega ese número a 50 o 60. Al morir el padre, los demás miembros de la familia eligen para sucederle en el gobierno doméstico al más capaz de entre los hijos; si es que ya no abdicó aquél en vida, obligado por la vejez y el decaimiento de sus facultades intelectuales. El jefe preside el Consejo de los padres de familia, administra el haber común, compra y vende, ordena los trabajos, representa la comunidad en sus relaciones con el Estado o con un tercero, y es el tutor nato de los menores. Juntos todos, componen el poder legislativo de la comunidad; el ejecutivo lo ejerce el gospodar. Cuando la hija toma estado fuera de la casa, recibe una dote en relación con los recursos de la familia, pero en ningún caso puede reclamar porción alguna del fundo patrimonial. Las menos veces, cuando faltan brazos, casa la hija en la comunidad paterna: por este hecho, el marido se constituye en miembro de la comunidad con los mismos derechos que los demás. Los jóvenes salen a servir en ocasiones, sea en el ejército, sea en las ciudades, como criados,

etcétera, sin perder por eso sus derechos a la comunidad, como no sea definitivo su establecimiento. La viuda continúa viviendo del haber común, pero su trabajo cede en beneficio de la asociación. Los productos del suelo son consumidos en la mesa común, o repartidos por igual entre los matrimonios que componen la comunidad. Los inmuebles constituyen el patrimonio colectivo, que es indivisible. Fuera de los bienes raíces, cabe y está admitida la propiedad privada: cada individuo, o cada matrimonio, puede poseer y beneficiar por su cuenta alguna vaca o un cierto número de carneros, que van a pastar con el rebaño de la comunidad, así como cultivar un pedazo de tierra, que ordinariamente es de regadío; y con esto, y los productos del trabajo industrial, que son igualmente propiedad privada, formarse un peculio propio. Y precisamente por aquí, por los peculios, ha principiado a aportillarse la comunidad doméstica eslava, y a penetrar en su seno la descomposición, no bien ha encontrado eco en el alma de sus miembros la voz tentadora de este *siglo individualista* sobre toda medida, que los incita a gustar la fruta del árbol del bien y del mal, y que no parará hasta aventar en ruinas ese baluarte que la humanidad en sus primeros albores levantó para amparar la flaqueza del individuo y que los siglos habían respetado.

Este modo de comunidad (*hauskomunion,* como dicen los alemanes) no es un hecho aislado en la historia, ni menos patrimonio exclusivo de la raza eslava. Ha regido en todos los pueblos de la antigüedad: en la India, en Grecia, Roma, Germania, Celtiberia, Bretaña, Galia, en África, en América; y ha regido como segundo momento en la historia del desenvolvimiento de la sociedad. Vino a suceder a la comunidad por tribus (*village-community* de los ingleses), en que éstas eran la unidad social, y propiedad suya la tierra, la cual se sorteaba periódicamente entre los clanes o familias. De la existencia de este régimen comunalista en todos los pueblos de la antigüedad, dan claro testimonio todos los escritores, y se ha perpetuado hasta Jacobo I en Irlanda, y en el *común* de la India y en el *mir* de Rusia hasta nuestros días, en que se está operando la transición al sistema de la *zadruga* o comunidad doméstica[11]. Diodoro Sículo nos ha transmitido una noticia sumaria de la

comunidad por tribus o gentes que estaba en vigor en nuestra Península, en Tierra de Campos[12]; y la historia de la Edad Media ha conservado señales vivas de sus existencia en los sesmos; en las encartaciones y behetrías, cuyo origen no han acertado a vislumbrar nuestros historiadores, atenidos todavía a la vaga conjetura de López de Ayala; en el retracto comunal de solariegos; en los bienes de aprovechamiento común, en el derecho, todavía en pie en muchas provincias, de pastar las tierras de particulares una vez alzada la cosecha; en el derecho de plantar árboles en montes del común; y sobre todo, en aquel *solar de cinco cabnadas* de huerto, casa y era, que por fuero de Castilla debía poseer, en concepto de inalienable, cada familia de labradores, y que nos trae a la memoria los cinco *quarterons* de tierra que en algunos puntos de Francia era lícito cercar a cada familia, las dos *jugera* a que se extendía el *herctum o haeredium* inalienable de la familia primitiva romana, la *tierra sálica*, el fundo patrimonial vinculado a perpetuidad en la familia aragonesa, y el cercado (casa y huerto adyacente) de la *izba* rusa, propiedad privada dentro del *mir*, a quien colectivamente pertenece el territorio[13].

La comunidad doméstica se transmitió de la Edad Antigua a la Edad Media en casi toda Europa. Conocidos son los clanes de los Highlands escoceses, que han llegado a los tiempos modernos, y cuya vida interior describió tan magistralmente Walter Scott en su *Waverley*. En Francia ofrece caracteres casi idénticos a los de la *zadruga* eslava de nuestros días, y a menudo se combinó con las instituciones y costumbres feudales; todavía las ha conocido nuestro siglo, más o menos degeneradas, en los departamentos de la Nièvre, del Jura y de la Baja Bretaña. También en Italia estuvo muy en uso, y no se ha extinguido todavía en la región Lombarda. En España, podemos recordar la *familia servilis*, la *familia censualis*, la *familia creationis*, que suenan en los orígenes de la Reconquista[14], y algunas otras instituciones de derecho que reconocen ese mismo origen, como el fuero de troncalidad, y el retracto gentilicio, que en Alemania se conservó en vigor hasta el siglo XVI y en Hungría hasta no ha mucho tiempo, y que en España rige todavía. La comunidad doméstica se disolvió temprano en Espa-

ña: primero, por influjo del Derecho romano (como en Bohemia y Polonia); y segundo, por efecto de la Reconquista, que había de dar gran impulso al desenvolvimiento de la individualidad. Donde más tiempo hubo de resistir es en Aragón, señaladamente en la zona pirenaica, a juzgar por los rasgos fisonómicos que ha heredado de ella el actual sistema de familia altoaragonesa.

Pocos países, con efecto, mejor dispuestos que éste para conservar siglos y siglos en toda su pureza las instituciones primitivas de la gente española. Como la raza no se romanizó, el Derecho romano no pudo señorearse de ella ni suplantar al derecho indígena. Como ni los godos ni los musulmanes, se aventuraron en aquellos angostos valles pirenaicos, y si se aventuraron, no hicieron asiento en ellos, el estado social no sufrió el jefes, electivos o hereditarios, hubieron de jurar el respeto a las libertades y antiguas costumbres del país. Por otra parte, tampoco existían causas interiores de desorganización; al contrario, todas conspiraban a conservar el primitivo estado patriarcal: el clima lo mismo que la raza.

Se concibe la rápida disolución de la comunidad doméstica, aún libre del influjo de las legislaciones exóticas, en esos países meridionales donde el hogar es casi una abstracción, cuyo cielo convida a la vida exterior y efusiva de la plaza pública, cuya naturaleza brinda perpetuo festín al hombre en los abundantes y descansados productos de la tierra, y cuyas dilatadas costas y llanuras consienten fáciles comunicaciones de pueblo a pueblo, a expensas de la vida de familia, que pierde de intensidad cuanto gana aquélla de extensión. En este laberinto de montañas del Alto Aragón, que hace pensar en un como gigantesco florecimiento de la tierra, y en las cuales parece que se respira aún el aliento virginal de la creación, la naturaleza, más que convidar, obliga al recogimiento; nada de festivos valles, como en el Mediodía, plantados de vides, olivos y naranjos; nada de ligeras ondulaciones del terreno, de risueñas colinas convertidas por espléndida vegetación en otros tantos canastillos de flores; nada de vergeles cuajados de regaladas frutas, florestas pobladas de ruiseñores, aire embalsamado, empapado de azahar; nada de

naturaleza próvida que sale al encuentro de todas las necesidades y provee generosamente al sustento y regalo del hombre; nada de aquella decoración meridional que embellece las rientes costas mediterráneas; nada de espejismos en el aire, fiestas de colores en el suelo, reflejos de ópalo en las aguas, arreboladas auroras en el horizonte, espléndido y urente sol, lloviendo centellas en el cenit, monumentos de la industria humana lanzando sus atrevidas agujas como un desafío al cielo. Aquí la naturaleza ostenta muy otra fisonomía: montañas más altas que las nubes, en las cuales, como en un mar tempestuoso, parecen bogar; valles estrechos, de abrupta y severa contextura, circuidos por un collar de nieves perpetuas, regados por riachuelos y torrentes que fluyen de aquellos eternos ventisqueros y recogen la savia de los montes; druidicas selvas de pinos y corpulentas hayas, pobladas de osos y cabras silvestres; senderos impracticables la mitad del año entre plateadas alfombras de nieve, tendidas por montes y valles sobre las verdes alfombras del verano; horizontes limitados, como los términos del alfoz; cielo plomizo de ordinario, riscos suspendidos como una amenaza eterna; todo, todo llama con imperiosa voz a la vida del hogar, e impone como una necesidad de primer orden la asociación. El cielo, que reparte pródigamente sus dones en otros climas, muéstrase en éste avaro sobre toda medida, y obliga al labrador a vivir en continuo afán para sustentar la vida; aun en igualdad de latitud, es esta comarca la menos favorecida de la Península; en el resto del Pirineo crece espontáneamente un árbol cuyo fruto hace veces de pan en los meses más crudos del invierno: el castaño, aquí se carece de la poderosa cooperación de este obrero gratuito; se vive en estado de perpetua conquista sobre la enemiga naturaleza. Por esto, lo que en otros puntos es subdivisión del suelo, proliferación y expansión de la familia, aquí es concentración de fuerzas productivas, y polimorfismo, asociación de los individuos en robustas colectividades. Sin este régimen, la montaña hubiera quedado despoblada. Una familia del Pirineo, como un regular haber y la acción concertada de multitud de esfuerzos individuales, no sólo se sostiene, sino que prospera: divídase su patrimonio, dispérsense sus miembros, y al punto se la verá desmedrarse y desfallecer, doliente de incurable anemia, y será milagro que la pro-

le, constituida en centros domésticos independientes, no adolezca del mismo incurable raquitismo.

Al lado de esta causa ha concurrido otra más poderosa todavía: el sentido profundamente práctico de la raza altoaragonesa. Pasado el período patriarcal, en que la persona elemental es la familia, reconocido el derecho de la individualidad, proclamado el régimen de libertad civil, no puede subsistir la comunidad doméstica sino en pueblos dotados de aptitudes muy excepcionales para la vida del derecho, espíritu flexible, tolerante, conciliador, y a la par discreto y agudo, voluntario para la obediencia, nada pagado de sí mismo y pronto al sacrificio. Iguales o parecidas circunstancias hacían obligado el mantenimiento de la comunidad doméstica en los altos y enriscados valles de Asturias y Galicia; y sin embargo, ha desaparecido, señaladamente de estas últimas comarcas, delante de instituciones domésticas tan encontradas como las que originaron la extremada y dañosísima división del suelo gallego, vituperada con sobrada justicia por la economía, y en la cual se revela una falta completa de instinto jurídico, y se hace patente la sinrazón con que se ha sostenido que allí donde surge una necesidad de derecho, el espíritu humano, por una como interna vegetación, sujeta a leyes fatales, halla necesariamente el modo de satisfacerla, y lo traduce en una institución adecuada a ella. Ahí están para desmentirlo los hechos: los hechos, que asignan un lugar al elemento subjetivo y étnico en las evoluciones históricas del derecho. El pueblo aragonés, como tal pueblo, siente una vocación especial para el cultivo del derecho: brilla poco en las ciencias y las artes, pero en el derecho no le ha aventajado ninguno. Son muy contadas las individualidades sobresalientes que se su seno salen; pero la colectividad, la masa, se halla adornada de cualidades difíciles de encontrar en otra parte. En este respecto, constituye como el polo opuesto de Andalucía; la historia de esta región está llena de grandes e insignes personalidades en ciencias, en letras, en gobierno; pero el pueblo carece de sentido jurídico, y su vida civil es irregular y varia, como su vida política es tormentosa. Tan frecuentes como son en Andalucía los delitos, son raros en la zona septentrional del Alto Aragón, y cuando alguno ocurre, el pueblo entero se

convierte en guardia civil y sale armado en persecución del malhechor. Sus costumbres son más dulces que las tan ponderadas de vascongados y asturianos; los gritos de ¡Pravia y Piloña! ¡Bermeo y Mundaca! que en las fiestas populares de Asturias y Vizcaya tan a menudo son anuncio de terrible batalla campal entre los mozos de parroquias vecinas, no encuentran eco, carecen de correspondientes en estas montañas, y ni el garrote se esgrime, ni la navaja sale a relucir en sus romerías, con ser más las ocasiones y el motivo mayor; las *matracadas*, poesía satírica y cómica que forma parte de los dances, en que cada pueblo hace exhibición de los defectos y agria censura de los vicios de los pueblos limítrofes, ostentan a menudo caracteres violentos, son a las veces personales, y, sin embargo, nunca provocan colisiones sangrientas, ni los zaheridos anhelan más venganza que la que puede tomarse en los dances del año siguiente, usando como instrumento la propia musa satírica que causó las heridas. Espíritus rectos y justicieros, detestan los litigios y huyen el estrépito de los juicios. Para evitar la intervención de los juzgados y tribunales en los asuntos domésticos y privados, introdujeron por costumbre el juicio de amigables componedores siglos antes que la ley de Enjuiciamiento, y el Consejo de familia siglos antes que el Código Napoleón; en Galicia, para expresar que uno se arruinó por causa de los procedimientos judiciales, dicen: *entroulle a Xusticia po la casa;* los altoaragoneses saben lo que significa la entrada de la justicia por las casas, y procuran cerrarle la puerta, aunque sea cediendo de su derecho: de aquí el éxito que ha obtenido entre ellos el acto de conciliación, y el desarrollo que ha alcanzado el Consejo de familia. Ya de antiguo, para transmitir las cosas, fue innecesaria la tradición, juzgándose bastante la escritura. En el siglo XV fundaron el Registro de la propiedad sobre bases y para fines análogos a los que le han dado tan legítimo desarrollo en nuestro siglo. No admitieron la expropiación por causa de utilidad pública, y la confiscación estuvo desterrada en principio, de sus leyes. Las fuentes de su derecho fueron, y son, éstas y por este orden: la *charta* (voluntad de los particulares), el *fuero* y las *costumbres* de la tierra, y en defecto de aquél o de éstas, el *sentido natural* (la equidad). Legislan, ejecutan, interpretan, juzgan en virtud de sus propios contratos

o estatutos; cada familia es autora de casi todo el derecho que ha de regir su vida interior. Y como tienen el hábito de legislar, lo tienen también de obedecer; que no hay nada que tanto ligue al hombre como la libertad, ni ley que más respete que aquella que él mismo se ha dado. Erigiéndose por propio derecho en autoridad, aprende a ser súbdito fiel de la justicia. La constitución de la familia es sancionada por todos los parientes y amigos más íntimos, quienes intervienen en los *ajustes*, donde se discuten las cláusulas del estatuto doméstico o capítulos matrimoniales. El individuo ahoga sus afectos particulares en aras de la conveniencia de la familia; el matrimonio, más que un impulso del corazón, es un asunto de Estado. La patria potestad no existe como derecho, sino como carga: se ejerce, no en beneficio del padre, sino del hijo; más que patria potestad, es tutela (semejante al germánico *mund*), y aun este nombre recibe en algunos lugares: *de jure regni, non habemus patriam potestatem*. Los cónyuges se unen en condiciones de igualdad, y pactan como de potencia a potencia. En medio de la maravillosa unidad y de la concentración de poder que resplandece en la familia, no se absorbe ni desaparece en ella la personalidad de la mujer, ni la del padre, ni la del hijo. La ley garantiza al padre la libertad más absoluta en el ejercicio de la testamentifación. El hijo no pierde su peculio por ningún título, y se emancipa a los veintiún años. La mujer pude disponer de su dote, y aun enajenarla, sin consentimiento del marido; puede contratar con éste, donarle sus bienes y vendérselos, obligarle de mancomún con él, y por él salir fiadora; durante la ausencia del marido administra los bienes por derecho propio, sin necesitar licencia de juez. Pueden atribuir a los bienes, raíces o sitios, el concepto legal de muebles, y viceversa. La ley otorga al viudo el usufructo vitalicio de los bienes del cónyuge premuerto, pero le deja en libertad de renunciar a ese derecho de viudedad, o de ampliarlo, o de restringirlo, o de darle distinta forma: el usufructo de la ley se convierte a menudo en dominio pleno, por la costumbre del pacto de *agermanamiento*. En general, sienten verdadero horror a que el hogar quede desierto, y buscan en el derecho no escrito de la razón o de la tradición local en contrapeso a la muerte; el matrimonio que no procreó hijos y no tiene quien perpetúe su solar o sirva de báculo

y amparo a su vejez, los adopta, «casándolos sobre sus bienes»; al menor que queda huérfano, se le da un padre adoptivo, mediante dación personal, o mediante acogimiento, o contrayendo la viuda nuevo matrimonio; no bien se abre un hueco en el seno de la familia, corre a ocuparlo un nuevo individuo; en un mismo pacto se estatuye acerca de la constitución de la familia y sobre el modo de cubrir las bajas que vaya ocasionando la inexorable parca. De aquí esa movilidad y esos cruces frecuentes que se advierten en la familia altoaragonesa, y la increíble facilidad con que admite a los extraños a compartir los beneficios de la comunidad, no obstante el religioso respeto con que se miran los derechos que la costumbre ha conferido al primogénito o a los hijos del primer matrimonio. De aquí también que sean muy raros los casos en que se susciten discordias en el seno de las comunidades domésticas, y más aún el que esas discordias lleguen a punto de disolución. Iguales cualidades ha demostrado ese país tocante a la política. Se ha comparado la constitución y la política del pueblo aragonés en la Edad Media a la política de Inglaterra, tan envidiada por todos los pueblos del continente. Antes que ningún otro, antes que Inglaterra, antes que Castilla, antes que Francia, completó su Parlamento con la entrada del brazo popular; con el equilibrio y la ponderación de sus poderes políticos, se anticipó a las modernas teorías constitucionales; la conducta liberal, sensata y patriótica de sus Estamentos es todavía un ideal para la España moderna; su Parlamento de Caspe fue un arbitraje sin ejemplo en la historia; su Justicia, una intuición maravillosa que la ciencia del derecho no ha acertado todavía a clasificar, ni a definir. Su derecho procesal admitió el Jurado, y no se manchó con el tormento, cuando el tormento era común en Europa. Consagró el principio de la inviolabilidad de domicilio; cada casa era como un asilo, donde ni al rey le era lícito entrar, aun para perseguir a un malhechor. El culto fervoroso que rindieron a la libertad individual, engendró de sí el fuero de la *manifestación*, que hoy es ley general en las constituciones democráticas y en las leyes de enjuiciamiento. Y eran tan esenciales e inherentes a la cualidad de ciudadanos aquellos beneficios de firma, contrafuero, manifestación, etc., que garantizaban su persona y sus bienes contra toda violencia e ilega-

lidad, que se reputaban anteriores y superiores a la voluntad, y no le era lícito renunciar a ellos. Jamás deslumbraron a los aragoneses las conquistas, antes bien las miraron con recelo, como si entrañasen un peligro para la libertad. ¡Para la libertad, tan idolatrada por ellos, que en sus altares estaban prontos a sacrificar la vida, la familia y hasta la misma patria[15]; tan glorificada, que la muerte en su defensa creían que Dios la galardonaba con el cielo![16]. Como un desastre debe ser contada en nuestra historia la anulación de aquel Estado, escuela permanente de política liberal, prudente y previsora, que se consumó en el siglo XVI; cuáles pudieron haber sido sus frutos, infiérese de lo que han sido en este período de renacimiento político, siempre que se le ha ofrecido ocasión de ejercitar sus aptitudes; en 1808, enseñó a España y a Europa con su heroísmo, cómo se salva la independencia de la patria; y en 1873, con su moderación y su paciencia, cómo se salva la libertad. Cuando las provincias del Norte clavaban despiadadas el puñal en el pecho de una patria agonizante, y las provincias del Mediodía herían de muerte con sus insensatos alzamientos una democracia naciente, que requería milagros de prudencia para echar raíces, Aragón se mantenía firme y tranquilo, verdadera arca de Noé en medio de deshecha tormenta, semillero de soldados para combatir tres insurrecciones, hospital de batallones en desorganización, y teatro de gloriosos aunque estériles sacrificios, que recuerdan el suicidio de los devotos de Sertorio; los voluntarios aragoneses quisieron morir con aquella democracia, a quien los exaltados de otras provincias habían hecho imposible la vida.

No serán menester otras, ni más, razones para que se comprenda por qué se ha conservado en el Pirineo aragonés más tiempo que en ninguna otra parte de la Península la comunidad doméstica, si bien transformada con arreglo a los progresos jurídicos de los nuevos tiempos y a las nuevas nociones que la filosofía ha acreditado en orden a la individualidad.

Apéndice a este capítulo

De una causa de disolución de esta comunidad doméstica en el Alto Aragón me ocupo en el apéndice al capítulo IV.

Por las mismas normas consuetudinarias que en el Alto Aragón se rige la familia en una parte de Cataluña, como también en Navarra y Provincias Vascongadas.

Aun en Galicia y Asturias, su desaparición no ha sido absoluta. Quedan de aquella institución: primero, la costumbre de mejorar al primogénito en tercio y quinto, incluyendo en la mejora la casa paterna; costumbre que parece general en los pueblos llamados de montaña[17]; segundo, la llamada *sociedad gallega* o compañía de familias, vigente por costumbre en Galicia, y la *sociedad familiar* de Portugal, regulada por el Código civil en términos tan semejantes a los que caracterizan a aquélla, que descubren, sin género alguno de duda, un origen común.

«Sociedad gallega» es la que se entiende constituida en Galicia por el simple hecho de vivir reunidos los abuelos, padres, hijos y yernos, cultivando todos los bienes de todos, sin hacer distinción alguna, recogiendo los frutos sin hacer separaciones, y atendiendo con ellos a las necesidades comunes sin que se tenga en cuenta la mayor o menor cantidad que pertenece a cada uno.

—Se comunican y afectan a todos los socios las ganancias procedentes de los capitales, trabajo, industria o anticipaciones de la sociedad, mas no aquellas ganancias que adquiera cada socio por causas a él sólo privativas, ajenas a su cualidad de asociado.

—Afectan al caudal de la compañía los bienes consumidos en la satisfacción de las necesidades comunes, y las pérdidas que se sufran en las gestiones practicadas con ánimo de ganar algo o de procurar el bien de la compañía.

—Las ganancias y las pérdidas se dividen con perfecta igualdad aritmética, formando tantas partes como personas son en la sociedad; percibiendo lo mismo el que aportó capital que el socio simplemente industrial (salvo, por supuesto, el capital mismo aportado por cada uno, el cual permanece siempre de la exclusiva pertenencia del dueño). El fundamento de que la división se haga con relación a las personas, y no a los capitales, contra lo que dispone el derecho común, estriba en que se constituyen, no para una especulación ni como medio de lucro,

sino para prestarse personas tan allegadas los servicios y socorros que exige el amor de la familia, donde todos contribuyen con todas sus fuerzas para disfrutar iguales beneficios y mejorar la suerte de los menos halagados por la fortuna[18].

Veamos ahora la «sociedad familiar», frecuentísima en Portugal. Es la que puede formarse entre hermanos o entre padres e hijos mayores de edad (*Cód. civil,* art. 1281). No es raro ver a los hermanos disfrutando comunalmente los bienes patrimoniales por muerte de los padres, sin proceder a partición, durante muchos años, cuando no por toda la vida; así como el que constituyan sociedad los padres y los hijos mayores. A fin de no desmembrar o dividir los bienes del *casal,* continúan muchas veces los hermanos en comunidad y sociedad perfecta después de la muerte de los padres. Es también muy frecuente que los hijos, después de la emancipación, o entrados en la mayor edad, sigan viviendo comunalmente con los padres; y como desde ese instante han dejado los padres de ser usufructuarios de los bienes de los hijos, tienen éstos derecho al producto de sus bienes y de su trabajo, por lo cual han de ser considerados como socios, partícipes en los lucros y pérdidas de la comunidad[19]. Esa sociedad es *expresa* o *tácita.* Resulta ésta del hecho de haber vivido los interesados más de un año en comunidad de casa y mesa, rentas y gastos, ganancias y pérdidas. Comprende esta sociedad el uso, los productos de los bienes de los socios, el de su trabajo e industria, y los bienes que los socios poseyeran individualmente. Son cargo de la sociedad: los gastos de manutención; las deudas contraídas en provecho común; los adelantos y gastos ordinarios que ocasiona el cultivo, y los extraordinarios hechos en los predios indivisos; las cargas inherentes al usufructo de aquellos bienes cuyo producto entre en la sociedad. En cuanto a la división de bienes, si la sociedad poseía inmuebles indivisos al tiempo de constituirse, se reparten por igual entre todos los socios, sea en suertes de tierra o en su equivalente metálico, a no ser que alguno tuviere derecho cierto a una porción mayor; si hay frutos o utilidades procedentes del cultivo de los inmuebles, en que no hubiesen trabajado todos los socios, se forman dos partes: la primera se distribuye entre los propietarios de los inmuebles, en

proporción al capital; la segunda se reparte entre los que trabajaron. Las mujeres de los socios, si se encuentran en este caso, cobran la mitad de los honorarios asignados al varón; los hijos, lo que hubiesen merecido, computado prudencialmente según las circunstancias[20].

Las renovaciones de las familias que componen la «sociedad gallega», los casamientos, viudedades, nacimientos de hijos, adquisiciones, etc., en fechas diferentes, complican por modo extraordinario los derechos de los asociados; si a esto se agrega la negligencia y el descuido, tan común por desgracia, en la formación de inventarios, se encontrará bien lógica la consecuencia de que la «sociedad gallega» sea un perpetuo semillero de pleitos. Para evitarlos, los abogados aconsejan con empeño a los interesados la división de bienes, o sea, la disolución de la comunidad; manera vulgar de sanar las dolencias, amputando los miembros enfermos. Esos inconvenientes no están en la esencia de la institución: nacen de la vaguedad y deficiencia del Derecho consuetudinario que la rige. En idénticas condiciones se encontraba en Portugal, y sin embargo, los autores del Código civil creyeron deber respetarla, supliendo únicamente los vacíos que dejaba la antigua costumbre no escrita.

* * *

Sobre el carácter del Derecho aragonés en general, así político como civil, puede consultarse el ya citado libro *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*. Madrid, 1883, capítulo II.

11 Así lo han demostrado los novísimos estudios históricos acerca de la propiedad, la familia, la tribu, la comunidad doméstica, etc. Puede consultarse: H. Summer Maine, *Lectures on the early history of institutions; Ancien law, Village-Communities in the east and west.* — Laveleye, *La propiété et ses formes primitives.* — Nase, *Land communities of the Middle Age.* — Sohm, *Fränkische Reischs-und Gerichts verfassung.* — W. F. Skene, *The highlands of Scotland.* — Utiesenovitch, *Die hauskommunionen der Südslavens.* — E. Bonnemère, *La commune agricole.* — Dupin, *Politique de la Propriété; Excursion dans la Nièvre.* — Fustel de Coulanges, *La cité antique.* — Mommsen, *Historia de Roma*, etc. — En estos días acaba de publicarse en Inglaterra un notabilísimo libro, titulado *The aryan household*, por Hearn.

[12] Diod. Sic., *Bibl. histor.*, lib. v, cap. 44. No alcanzó a comprender la trascendencia histórica de este pasaje R. de Floranes, que le dedicó en el siglo pasado una monografía, inedita aún: *Novempopulania campense* (Acad. de la Historia, t. XV de la Colección de Manuscritos de aquel autor).

[13] «El fijodalgo, en la villa do fuere devisero, bien puede comprar eredat, mas *non puede comprar todo el eredamiento de un labrador á fumo muerto.* — Todo devisero puede comprar en la villa de behetria quanto podier del labrador, fueras ende sacado un *solar* que haya *cinco cabnadas de casa, é sua era, é suo muradal, é suo guerto,* que esto non lo puede comprar, ni el labrador non gelo puede vender». (*F. Viejo*, lib. IV, tit. I, leyes 1.ª y 10). — Cf. Fuero de los fijosdalgo, ap. *Ordenamiento de Alcalá*, tit. XXXII, leyes 13 y 27.

«De *hæreditate avita*, nemo potest facere donativum, si *unam solam vineam*, aut *unam domum*, aut *unam terram* habeat. Si autem habent duas vineas, vel tres, aut duas domos vel tres, unam hæreditatem potest dare filio vel filiæ cum matrimonium duxerit contrahendum.» (Lib. v *fororun in usu non habitor.*, f. *de inmensis et prohib. donat.*)

Aquí tengo que limitarme a meras afirmaciones. En mi Ensayo sobre las *Instituciones civiles y politicas de los celtíberos* discutiré este problema histórico con la debida extensión.

[14] Conjeturo que aludía a comunidades domésticas de este género el Obispo Odoario, al citar en una escritura, que trae Risco (*Esp. Sagr.*, t. XL, apénd. 12), la *familia* de los Agarios (Agáricos?), la familia Avezano, la de Desterigo, Sendon Bocamalo, etc., a cada una de las cuales asignó una de las villas que iba repoblando en Galicia. Como se ve, todavía ostentan algunos de estos nombres la terminación característica de los celtopeninsulares, cuya memoria nos ha conservado la epigrafía hispanolatina del siglo I de Cristo, bajo el nombre de «gentilidades»: v. gr., *gentilitas Avolgigorum, gentilitas Cabruagenigorum, gentilitas Desoncorum, gentilitas Gapeticorum*, etc. (Hübner, *Corpus inscript.*, t. II, n. 804, 2633, etc.)

Cf. una escritura de la *familia* Aloito, *Esp. Sag.*, t. XL, ap. 9; la carta-puebla de Brañosera, *Col. de fueros*, de Muñoz, p. 16; una donación de Alfonso II a la Iglesia de Lugo, *Esp. Sag.*, t. XXXIV, ap. 11, etc.

[15] Refiriendo el ex Justicia Juan Ximénez Cerdán cómo las Cortes determinaron ir con bandera del reino contra el gobernador del rey, por negarse a la entrega de un preso acogido a manifestación, dice: «E mossen Ioan Fernandez de Heredia, su fillo (del Gobernador), como notable caballero, dixo tales é semblantes paraules: Que como él hoviese oydo dezir á personas scientes, que *más era tenido hombre ayudar á la patria é libertad del Regno, que no al padre ó pariente,* que él era de la opinión de los otros, é que si el Regno le queria acomandar la bandera, que él la levaria volenter» (*Letra intimada por Mossen Iosan Ximenez Cerdan á Mossen Martin Diaz Daux, Justicia de Aragón,* en las Observancias del reino). Cuando Pedro III se presentó ante las Cortes aragonesas, rodeado de una aureola de gloria, vencedor de los angevinos, conquistador de Sicilia, aliado de Bizancio, temido del Papa y de la Europa, a pedirles subsidios para hacer frente a la invasión franco-católica, las Cortes hicieron el mismo caso de los reinos ganados en Italia que de los que amenazaban perderse en España, contestando dice Zurita, que «Aragón no consistía ni tenía su principal ser en las fuerzas del reino, sino en la *libertad, siendo una la voluntad de todos que, cuando ella feneciese, se acabase el reino» (Anales de Aragón).*

[16] ...E de feyto yo fiz respuesta que yo haria el mandamiento del Senyor Rey: que fazia conta que *si por defender la libertad del Regno moria,* como morió Sant Tomás de Conturberni por defender los dreytos de la Iglesia, que *drechament me yria á Paradiso é seria en gloria con los santos»* (*Letra* citada de J. Ximénez Cerdán).

[17] Debo la noticia al abogado de Caldas de Rey, D. Antonio Salgado Rodríguez. En Villajoyosa (Alicante) es también práctica general mejorar a los hijos varones, a fin de que

quede en el apellido la mayor parte posible del caudal hereditario, según me comunica el abogado D. Jaime Lloret. Tendencia tan uniforme en comarcas tan apartadas y desemejantes, es un argumento más, añadido a los muchos que favorecen la introducción de la libertad de testar en el futuro Código civil de la nación española. Vid. mi *Teoría del hecho jurídico*, § 12.

18 *Diccionario* de Escriche, v.º *Sociedad gallega*.

19 «Dias Ferreira, *op. cit.*, t. III, coment. al art. 1283.

20 *Código civil portugués*, arts. 1283 y sigs.

3. *Capítulo* El Consejo de familia

Entre las instituciones consuetudinarias de Derecho civil que llevo enumeradas, es el Consejo de familia la más general, como que las penetra todas y de todas forma parte. Lo cual explica su colocación aquí, en cabeza de todas ellas.

Tiénense comúnmente el Consejo de familia por institución de origen moderno, y aun ha sido atribuida a la revolución; pero le sucede a ésta lo mismo que a las demás instituciones de derecho: aquélla que más nueva parece, ha pasado por un alumbramiento secular y dejado huellas de una larga infancia en la historia. Es cierto que desde que cayó en desuso, absorbido por el absolutismo de la ciudad griega, o por el absolutismo imperial latino, el antiguo círculo u orden gentilicio, la intervención de los agnados y gentiles —si son licitas tales denominaciones con referencia a la Edad Media y Moderna— quedó reducida a su más mínima expresión, pero nunca a nulidad completa. También el Consejo de familia ha tenido su historia.

Ya la jurisprudencia romana contaba en ocasiones con los parientes para resolver algunos puntos de derecho familiar; si la viuda menor de veinticinco años intentaba contraer segundas nupcias, debía obtener antes el consentimiento y aprobación de los parientes, según el «Código»; no se podía variar el lugar o la persona que el padre había designado en su testamento para la educación de los pupilos, sin el conocimiento y presencia de sus demás parientes: *præsentibus cæteris propinquis liberorum,* que dice el Digesto; y por último, según prescripción del propio Digesto, también debía encomendarse a los agnados o afines la defensa del pupilo, siempre que careciesen de tutor: *si autem tutores non habent, requirendi cognati vel adfines ut defendant*[21].

También en España, el Fuero Juzgo, el Fuero Real, los Usatges de Cataluña y las Observancias y Fueros de Aragón

señalan un lugar a los parientes en el sistema general de tutoría y protección de huérfanos.

El Fuero Juzgo establece que, caso de faltar la madre viuda, los hermanos del huérfano, mayores de veinte años, los tíos (hermanos del padre difunto) y los primos carnales, elijan tutor los demás parientes presididos por el juez: *tunc tutor ab aliis parentibus in præsentia judicis eligatur*[22].

El Fuero Real previene que la madre viuda y tutora de sus hijos haga el inventario de los bienes de éstos *«ante los parientes más propinquos* del padre muerto», y si pasare a segundas bodas, *«el Alcalde con los parientes más propinquos* den a ellos, a los huérfanos e a sus bienes quien los tenga en guarda[23]».

—Los Usatges de Cataluña declaran nula la donación o absolución que el menor haga al tutor sin consentimiento de seis parientes, tres de la línea paterna y otros tres de la materna; en su defecto, de tres de una u otra de las dos ramas, y a falta de todos, les sustituirán amigos de la familia designados por el juez.

—Un Fuero de Aragón exige el consentimiento unánime de los dos parientes más próximos de la esposa, para que sea válida la remisión de la dote hecha por ella a su marido; así como también requiere el consejo de dos parientes buenos, legales y más próximos del huérfano menor de edad, tomados en la línea de donde proceden los bienes, para que sea lícita la quita liberación, absolución, etc., hecha por los pupilos en favor de sus tutores, así como todo otro contrato por el que éstos puedan quedar a cubierto de responsabilidad[24].

Muy semejantes a estas prescripciones de los códigos españoles eran las que regían en Francia, en los países llamados de *droit coutumier:* la tutela era siempre dativa, y la discernía el juez a la persona elegida por la familia del huérfano; y a tan extremo y absurdo rigor llevaron este principio, que ni aun la madre viuda estaba exenta de él, y necesitaba para ser tutora de sus hijos menores que le confiriesen tal cargo los parientes, y que confirmase el juez el nombramiento. En la Provenza ejerció atribuciones bastante amplias en materia de tutelas, dotes,

disenciones intestinas, distribuciones de bienes, etc. El régimen absoluto se esforzó por consolidar y extender esta institución.

Al Código Napoleón se debe la gloria de haberla arrancado a la vaguedad y a la inconsistencia que son propias de todo Derecho consuetudinario, de haberla definido y héchola práctica, dándole una forma concreta, y elevándola a categoría de ley general para naciones enteras, fijándole un procedimiento constante y una sanción penal. Después de esto, la Filosofía del Derecho ha formulado su veredicto acerca del Consejo de familia del Código Napoleón, tachándolo de insuficiente: insuficiente por lo que toca a las atribuciones del Consejo, que no salen del título de la tutela y guarda de incapacitados; insuficiente por lo que respecta al modo de su constitución, sujeta a una fórmula constante e igual, sin libertad para ser modificada conforme las circunstancias de cada caso lo requieran. El Consejo de familia del Alto Aragón se ha mostrado más fiel a los principios, según tendremos ocasión de observar en breve.

Era, ante la razón, obligado extender la competencia del Consejo de familia a expensas de los juzgados y tribunales, y reconstituir en lo posible y en lo justo aquel primitivo círculo colocado entre la familia y el municipio, que participaba de la naturaleza de ambos, punto de confluencia donde el derecho público se hacía privado, y el privado se hacía público, y que en Grecia recibía el nombre de γευὸς, en Italia *gens,* y en España acaso *vescum,* o como dijeron en latín las inscripciones hispano-romanas del Imperio, *gentilitas.* Para la Filosofía del Derecho, el Consejo de familia debiera ser, dentro del hogar, una institución de índole casi tan general como lo es dentro de la nación el Parlamento o el Tribunal Supremo. Las desavenencias entre los cónyuges, el punto delicado del divorcio, el nombramiento de herederos, las segundas nupcias, las discordias entre padres e hijos, la cuestión de dotes, adopciones, tutelas y emancipaciones, indemnización en caso de separación, y tantos otros problemas que reclaman con apremio incesante del legislador una solución, sin que el legislador pueda responder las más de las veces de otro modo que con remedios que agravan quizá la enfermedad, debieran ser otros tantos capítulos del título o tratado sobre el Consejo de familia.

Pero el Código Napoleón ha limitado las aplicaciones de esta institución a una sola de las múltiples ramas del derecho familiar o doméstico: al derecho de tutela. Lejos de aparecer allí como una institución independiente y de carácter general, constituye un miembro tan sólo del tratado sobre la tutela. En principio, no le asigna otros fines ni le reconoce más atribuciones que las atribuciones que le reconocían y los fines que le asignaban el Digesto romano, el Fuero Juzgo toledano, el Fuero Real de Castilla, los Fueros de Aragón o las Costumbres de Francia. Con razón decía el tribuno Huet, al definir esta institución en el informe dado a nombre de la sección de legislación sobre el título X, lib. I del Código Napoleón: *«el Consejo de familia, en Francia, es un tribunal doméstico colocado entre el tutor y el menor»*.

El Proyecto de Código civil español, al reproducir como un eco servil el texto del Código Napoleón, denuncia a un tiempo el atraso en que se hallaban los estudios filosófico-jurídicos en España hace treinta años, y el punible abandono en que se ha tenido el estudio del Derecho consuetudinario español durante cuatro siglos. Si aquellos ilustres jurisconsultos que redactaron el Proyecto hubiesen principiado por llamar a examen y a juicio contradictorio las diversas costumbres, así provinciales como locales de la Península; si hubiesen dado tanta importancia como al saber de los científicos al sentido común y general, cuyo discurrir es a las veces más agudo, y cuyos hechos son en todo caso más firmes y seguros que todos los sistemas de la escuela; si como consultaron el derecho muerto de las bibliotecas se hubieran dignado interrogar el derecho vivo de la tradición oral, habrían hallado, entre otras instituciones originales, el Consejo de familia en los valles más ignorados del Pirineo aragonés, y con sólo copiarlo, hubiesen ofrecido a España un Consejo de familia español, no importado de fuera, y sobre español, inmensamente superior, salva la parte de procedimiento, al que introdujo y ha conservado el Código Napoleón. En sus comentarios al Proyecto de Código civil, decía el Sr. García Goyena que, a su juicio, *«los resultados de la nueva institución serían desde luego felices en las provincias de Fueros, cuya legislación ha creado (?) y conserva vivo aún el espíritu de fami-*

lia, y que en las demás serían más lentos y tardíos, pero que al fin se crearía ese mismo espíritu porque las buenas leyes acaban siempre por crear buenas costumbres»[25]. El distinguido jurisconsulto ignoraba, al escribir esto, que una de aquellas provincias de Fueros a que aludía, no sólo se había anticipado siglos al Código Napoleón y al Proyecto de Código español, sino que había aventajado a entrambos; y olvidaba, llevado del espíritu dominante en su tiempo, que las costumbres no nacen de las leyes, sino al contrario, que las buenas leyes se engendran de las buenas costumbres.

Tres son fundamentalmente las diferencias que separan el Consejo de familia aragonés del adoptado en el Código Napoleón, y que constituyen su peculiar individualidad: una, por razón de los *asuntos* en que interviene; otra, por el grado de *autoridad* que en ellos ejerce; y otra, finalmente, por la *fuente* u *origen* de donde esta autoridad dimana.

Tocante a los asuntos que son de la competencia del Consejo de familia, en el Código civil francés se circunscriben todos a la tutela de menores y guarda de incapacitados; todas sus atribuciones se cifran en esto: nombrar y destituir en ciertos casos al tutor y al protutor o tutor subrogado, vigilar la gestión del tutor, autorizarlo para ejecutar ciertos actos jurídicos, e informar al juez sobre algunos incidentes de la tutela[26]. En el Alto Aragón, ya es otra cosa.

1.° Entiende en los asuntos de la tutela (si bien hay que advertir que en este aspecto se ha desarrollado menos que en Francia).

2.° Cuando los jefes de una familia han fallecido sin haber dispuesto cuál de sus hijos ha de sucederles en el señorío de la casa, lo designa y nombra, haciendo sus veces, el Consejo de parientes.

3.° Aprueba o desaprueba las segundas o ulteriores nupcias del cónyuge supérstite en la casa del premortuo, con prórroga del usufructo o viudedad foral.

4.° Acuerda y dicta los pactos de este nuevo matrimonio, asegurando los intereses propios de los hijos del primero, y es-

pecificando los derechos de los hijos que puedan nacer de la nueva unión, así como los del nuevo consorte.

5.° Conoce y falla sobre las quejas formuladas contra el nombrado sucesor, por sus padres o por sus hermanos, ya por malos tratamienos de su parte, o por escasez de alimentos, o por exigüidad en la dote o legítima que les asigna; y caso de ser su veredicto favorable a los querellantes, acuerda el modo y el tanto de la reparación, esto es, la suma que debe aprontar el heredero en concepto de dote o de alimentos.

6.° Entiende también en los casos de discordia entre los adoptantes y los adoptados, en la institución consuetudinaria llamada *acogimiento;* y caso de acordar la separación, determina la cantidad que han de sacar, en concepto de indemnización, los que se separan con justo motivo de la comunidad.

7.° Entra, asimismo, en sus atribuciones la interpretación auténtica del heredamiento o Capítulos matrimoniales, así como el disponer todo lo relativo a funerales, sufragios por el alma de los jefes difuntos, etc.

Ya por esta primera diferencia se advierte que el Consejo de familia se ha desarrollado mucho más en Aragón que en los Códigos europeos que aceptaron esta novedad.

Y, sin embargo, es más trascendental la segunda diferencia, fundada en el diverso grado de autoridad con que intervienen en los asuntos domésticos. El Consejo de familia francés carece de jurisdicción; es meramente una Asamblea llamada a deliberar o a emitir dictámenes y proponer, en los casos previstos por la ley; no puede ejecutar por sí mismo sus acuerdos, y cuando se opone a ellos un tercero, los Tribunales conocen de la oposición en primera instancia; carece de autoridad para impugnar los fallos de la Justicia, y aun para intervenir en ellos[27]. En Aragón, los fallos del Consejo de familia son ejecutivos e inapelables, y no han menester confirmación judicial ni de ninguna otra autoridad. Si alguna vez asisten al Consejo, es únicamente en calidad de árbitros o terceros en discordia; y en ningún caso con carácter oficial, siempre por voluntad y espontáneo llamamiento de la parte interesada.

No es menos característica y radical la tercera diferencia, basada en el distinto origen o fuente de donde procede la auto-

ridad del Consejo de familia. En Francia existe por ministerio de la ley, independientemente de la voluntad de los particulares, y su existencia la garantiza una sanción penal. En Aragón existe meramente por costumbre; la voluntad de los contrayentes matrimonios lo establece en su Estatuto doméstico; el ejemplo de los mayores y una experiencia secular de sus buenos efectos lo sostiene; y para que las resoluciones que dicte tengan fuerza de obligar y el Estado le acuda como brazo ejecutor, caso de oposición, dan al establecimiento del Consejo la forma de contrato y de última voluntad. Habiendo libertad absoluta en cuanto al modo de constituir el Consejo doméstico altoaragonés, dicho se está que su composición no será uniforme; y también en esto se contrapone diametralmente a la doctrina del Código Napoleón.

En Francia lo constituyen invariablemente seis parientes o afines, habitantes dentro del distrito donde se abre la tutela, o a una distancia máxima de 20 kilómetros: la mitad de cada línea, y siguiendo el orden de proximidad. El Proyecto de Código civil español lo compone, de los cuatro parientes más allegados del huérfano, dos de cada línea, avecindados en el mismo pueblo o en otro que no diste más de seis leguas. Sin embargo, tanto en el uno como en el otro Código, pueden figurar en el Consejo más de cuatro o de seis personas: los hermanos carnales del menor y los maridos de las hermanas deben concurrir todos, cualquiera que sea su número. El comentador del Proyecto da como razón de esta diferencia el hallarse nuestro país menos poblado que Francia. Los Códigos holandés y sardo coinciden en esto con el proyecto del español, dando sólo cabida en el Consejo a cuatro parientes; el de Luisiana, a cinco.

En el Alto Aragón, el modo de composición del Consejo de familia es diferente: 1.°, según la mira que se llevan los instituyentes, o el género de contrato o de estatuto a que se agrega como auxiliar; 2.°, según las circunstancias que rodean a cada individuo, ya que unas veces le inspiran más confianza los amigos que los parientes, y otras prefiere parientes remotos a los más próximos; 3.°, según el estado de ánimo del instituyente y el carácter más o menos público y solemne que quiere imprimir a la institución; naciendo de aquí que unas veces en-

comiende la tercería en discordia a un pariente, otras al párroco, otras al alcalde, y otras al juez. Lo común y general es remitir el conocimiento y la decisión del caso o punto de derecho previsto en el heredamiento, capitulación, acogimiento, etcétera, a *dos, tres o cuatro parientes consanguíneos, los más cercanos,* de entrambas líneas paterna y materna por mitad, o en su caso, de entrambas estirpes, del tronco de la mujer y del tronco del marido. Cuando se instituye el Consejo para el nombramiento de heredero, entran a formarlo el cónyuge sobreviviente y dos parientes del premortuo. Cuando se instituye para el caso en que se promueva la disolución de una comunidad doméstica constituida por adopción de matrimonio, se compone de cuatro parientes, procedentes de las cuatro familias de los cuatro cónyuges. A las veces no se llama en el estatuto de constitución a los parientes más cercanos, sino a las personas que al tiempo de la convocatoria sean *herederos* o jefes de las casas A., B., C...; dándose casos en que estas cuatro o cinco personas residan en cuatro o cinco pueblos diferentes. Cuando la cláusula de institución del Consejo es pacto accesorio de un contrato de matrimonio en cambio (o sea de un heredero y su hermana con otro heredero y la suya), son vocales de él los dos párrocos o los dos alcaldes de las localidades en que están domiciliadas las respectivas familias.

En cuanto a la distancia, nada en concreto suele establecerse: rara vez, al determinar que sean «los parientes más cercanos», se añade *que se hallen dentro de la provincia.* En todo caso, los acuerdos han de tomarse por mayoría de votos, cuya idea la expresan diciendo: *juntos o su mayor parte.*

Como se ve, pues, es diferente la procedencia de los miembros del Consejo doméstico, según el género de funciones que es éste llamado a desempeñar; unas veces, el interesado en ellas es uno solo, un pupilo menor de edad que ha de ser protegido, o un mayor que ha de ser nombrado heredero, etc., y entonces se acude para constituir el Consejo a las dos líneas, paterna y materna unidas con aquel por el vínculo de las afecciones y de la sangre; otras veces, los intereses son opuestos; por ejemplo, una viuda que pide autorización para contraer segundas nupcias con prórroga del usufructo foral, y los herederos del ma-

rido difunto que acaso se oponen; o un matrimonio *acogido* que pretende separarse de la comunidad con derecho a la indemnización pactada, y otro matrimonio acogente que tal vez niega ésta por no existir a su juicio causa justa para la disolución, etc. Entonces, el Consejo toma apariencias de Tribunal de árbitros o de amigables componedores, y entran a componerlo parientes de las dos estirpes, a veces de las cuatro, y siempre por igual. Gracias a esta ponderación y equilibrio en el llamamiento de las líneas o de las estirpes a la constitución del Consejo, se evita el predominio de la una sobre la otra y los gravísimos inconvenientes que de tal predominio se originan, según ha acreditado la experiencia; se le coloca en condiciones de imparcialidad; se matan en su raíz las intrigas que han bastardeado esta institución donde no se tuvo esa cautela; y se rodea de cuantas garantías de acierto pueden apetecer el derecho y los intereses de aquellos en cuyo beneficio ha sido fundada.

No son menores las diferencias por lo que respecta a la presidencia del Consejo doméstico. En el Código Napoleón, preside el juez municipal; en el Proyecto de Código español, el alcalde; diferencia que se explica por la época en que fue redactado (1845-1851). En Aragón, el Consejo se compone exclusivamente de parientes, está libre de toda intervención oficial, y únicamente para casos de discordia, el mismo estatuto de constitución suele llamar, unas veces a un pariente, otras, al párroco, otras, al juez o a un síndico del Ayuntamiento, o al alcalde; otras veces, se autoriza al Consejo para que designe por sí mismo la persona a cuyo voto decisivo ha de someterse el empate. Hasta hace pocos años, era general en estos llamamientos nombrar para tales casos *al cura párroco o regente temporal que es y por tiempo será del pueblo N...* (es la frase consagrada por una tradición de siglos), y no se extrañará esta intervención del clero parroquial en el Consejo de familia, si se trae a la memoria la que le asignaron los Fueros y sigue teniendo, aunque mermada, en concepto de notarios, para la redacción de últimas voluntades. Pero esta magistratura accidental ha principiado ya a secularizarse; los instituyentes se van acostumbrando a investir con ella a una u otra de las autoridades del municipio, y alguna que otra vez al Juzgado de primera ins-

tancia. Dos corrientes, dos tendencias encontradas han contribuido a semejante mudanza. De un lado, el poder civil ejercido por la multitud, lo mismo que el oficial, va esquivando el trato con la Iglesia, ansioso de vivir vida de libertad, sin sujeción a otro criterio que el criterio del derecho, sin más representación que la emanada de la soberanía del pueblo; por su parte, la Iglesia, tal vez sin quererlo y sin advertirlo, acaso resistiéndolo, impulsada por energías secretas que tienen su raíz en las tendencias orgánicas y, por tanto, emancipadoras de nuestro siglo, se aleja a pasos precipitados de la vida civil. Aun en estas montañas, tan apartadas en apariencia de todo trato y comunicación con la vida moderna, han penetrado las nuevas corrientes secularizadoras; y el derecho, que por una inclinación irresistible se equilibra siempre con la vida, reobrando sobre las costumbres tradicionales, desenvuelve su contenido virtual, anuncia una nueva fase de ellas y conquista a las gentes, en cuyo espíritu había imperado hasta entonces la idea vieja, ahora relegada al olvido. He aquí por qué principia ya a inspirar a los montañeses mayor confianza el representante del Estado oficial que el órgano municipal de la Iglesia. Aparte de esto, el párroco principia a cansarse de este ministerio que el pueblo espontáneamente le confiaba. Como los pueblos, en esta región del Pirineo, son de muy escaso vecindario, los separa casi siempre de la residencia del notario una distancia de leguas; y sea por no aumentar los ya crecidos gastos de las capitulaciones y demás contratos, dándole cita en el lugar donde habitan los contrayentes o los vocales del Consejo, sea por imposibilidad en aquél de concurrir el día que al Consejo conviene dar fe de sus acuerdos, suele trasladarse al domicilio de la notaría, junto con las personas interesadas en ellos o con los otorgantes. Ahora bien; el párroco no se presta con facilidad a abandonar su casa rectoral para servir a los feligreses en funciones ajenas a su ministerio eclesiástico; además, en estos últimos años, la suspensión de pagos al clero durante el período revolucionario y la guerra civil, dieron pie a que no pocos párrocos abandonasen sus respectivos curatos; y como el pueblo de aquella montaña, receloso y previsor, teme, con sobrada razón, que estos sucesos se reproduzcan, salva la dificultad y ocurre al peligro eliminando al párroco del Consejo de familia

y volviendo la vista a los magistrados municipales, cuya residencia en el pueblo que gobiernan está menos expuesta a las alternativas y contingencias de la vida nacional.

De las funciones que ejerce el Consejo de familia y de su modo de proceder, me ocuparé más circunstanciadamente al tratar de las demás instituciones, de las cuales es obligado auxiliar y compañero inseparable.

* * *

El precedente capítulo sobre el Consejo de familia fue publicado en 1879 (*Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, t. LIV, página 257). Al año siguiente pude ilustrar dicha institución con nuevas observaciones y datos, que ocupan la página 38 y siguientes del t. VII de la propia citada *Revista*, y que transcribo a continuación.

Con motivo de nuevas excursiones practicadas después de publicado este capítulo, he tenido ocasión de persuadirme más y más del papel principalísimo que desempeña el Consejo de familia en el Alto Aragón, y de las ventajas económicas y morales que reporta al país. Al mismo tiempo, he podido delinear con más precisión los rasgos característicos de esta institución, próxima, segun parece, a penetrar en el organismo civil de la nación española, si bien con la timidez y con los defectos de que adolece en el Código Napoleón.

En la descripción que llevo hecha de las principales instituciones consuetudinarias de aquel pais, queda puesta de manifiesto la participación activa que alcanza el Consejo de parientes en todos los actos importantes de la vida de familia. Lo que no se ve allí son sus resultados prácticos, morales y económicos. Se me ha asegurado que esta institución evita al país muchos pleitos y le ahorra muchos millones. Rara vez tienen que entender los juzgados en litigios de familia, si se exceptúan los pleitos ejecutivos y las declaraciones de intestados. No bien ocurre una dificultad o una desavenencia, consultan la capitulación matrimonial; se encuentran con la necesidad de poner el asunto en manos de los parientes más cercanos, quienes, por lo común, residen en poblaciones distantes; mientras se les con-

voca y acuden, han transcurrido algunos días, y los primeros hervores de la discordia se han enfriado; una vez reunidos, toman a empeño conciliar a las partes, y casi siempre logran impedir que la cuestión sea llevada a los tribunales; al Consejo de parientes, compuesto, según vimos, de varones, se agregan a menudo sus mujeres, y son las más tenaces y las más hábiles para conseguir y negociar el arreglo. Sucede aquí lo que en los duelos, que casi nunca llegan a consumarse, merced a la intervención de los padrinos. Y siendo raros los pleitos, cuando por excepción se incoa uno en el Juzgado, los hambrientos curiales se arrojan sobre el litigante como sobre una presa, y sangran y esquilman su hacienda de tal forma, que el miedo que inspiran a la generalidad se convierte en terror, y el Consejo de parientes gana en el público concepto cuanto pierde la justicia oficial: en la misma medida se acrecienta la eficacia del acto de conciliación.

La forma más ordinaria de composición del Consejo es: cuatro o dos parientes consanguíneos, los más cercanos. La mayoría se inclina por la primera cifra, porque ofrece mayor seguridad, y además, porque según conjeturo, es la primitiva y tradicional: cuatro parientes, más el párroco, el alcalde o el juez, recuerdan el número de personas que componían el Consejo doméstico de los arios, transmitido a todas las razas derivadas de esta noble estirpe[28]. Pero los notarios han dado en aconsejar a los otorgantes que reduzcan el Consejo a sólo dos parientes, a causa de las dificultades que ofrece en la práctica el congregar cuatro personas derramadas en lugares apartados de la montaña. Aun siendo dos solamente, no siempre es hacedero lograr que se reúnan y entren en funciones, mayormente desde que se ha despertado en tan gran escala el espíritu de emigración a Francia, a Cataluña y aun a América. Surge de aquí el peligro de numerosos intestados, por la imprevisión de no fijar un límite máximo a la distancia del domicilio de los miembros que han de componer el Consejo, por no constituir éste con parientes que residan dentro de un radio determinado, como hace el Proyecto de Código civil español. En alguno de los partidos judiciales, es costumbre hacer el llamamiento de *los parientes más cercanos,* sin precisar sexo, comprendiendo

así las mujeres como los varones: cuando llega el caso de que forme parte del Consejo alguna mujer, concurre con ella su marido, a fin de prestar la competente autorización o licencia marital.

Para dar participación a toda la parentela, cuando es ésta dilatada, se instituye algunas veces en una misma capitulación matrimonial varios Consejos de a dos personas, y a cada uno se le asigna una de las varias funciones en que los parientes deben intervenir. En tal caso, suele confiarse la tercería en discordia para todos a un mismo pariente: «En el caso de que hubiese desacuerdo entre las partes o personas llamadas a resolver en las cláusulas 4.ª, 5.ª y 11.ª, se les asociará el heredero de la casa N. del pueblo de X.; y lo que con su concurso resuelvan por mayoría de votos, será obligatorio y se llevará a ejecución». Otras veces, el constituir diferentes Consejos tiene por objeto confiar al cuidado de cada una de las dos líneas los bienes de ellas procedentes, como en la cláusula que transcribo a continuación: «Si los cónyuges o alguno de ellos falleciese con hijos y sin legítima disposición de sus bienes, dispondrá de ellos el sobreviviente en unión de: siendo el cónyuge el premuerto, de su hermana M. y hermano político A., y en su defecto, de los dos parientes varones más cercanos y de mayor edad del cónyuge; siendo la cónyuge la premoriente, de los dos parientes varones más cercanos y de mayor edad de la misma; cuya disposición la verificarán en ambos casos en favor de dichos hijos, en el modo y forma que tengan por conveniente, con prórroga del término legal. Si el tal sobreviviente falleciese sin haber hecho tal disposición, representarán a éste sus dos parientes más próximos y de más edad, teniendo en cuenta que si el sobreviviente hubiere sido el cónyuge, le representarán sus citados hermanos natural y político, y si hubiese fallecido, sus dos parientes más cercanos y de mayor edad. Muriendo ambos cónyuges sin hijos y sin disponer de sus bienes, recaerán éstos en sus respectivos legítimos derechohabientes».

Las atribuciones del Consejo se encuentran por lo común especificadas en la cláusula de constitución, según aparece de las numerosas que transcribo en diversos lugares de esta mono-

grafía; pero, a las veces, dan a la expresión un sentido genérico, que abarca el contenido entero de la capitulación matrimonial, o una parte determinada de ella. Júzquese por las siguientes: «Que si se hubiere de decidir cualquier punto acerca de lo que se contiene en esta escritura y demás que ocurriese, lo puedan decidir un pariente, el más cercano de cada parte de dichos cónyuges, y el cura párroco o su regente que es y fuese de esta parroquia catedral, y a ello se deberá estar». «Item es pacto que siempre y cuando se hallase algún engaño en las presentes capitulaciones matrimoniales, puedan repararlo los dos deudos más próximos de cada una de las dos partes».

Hemos visto que ha principiado a excluirse al párroco del Consejo de familia, y a ser reemplazado por una u otra autoridad civil. Expuse los motivos de esta mudanza con cierta inseguridad, temiendo que hubiera exageración en los informes que se me habían facilitado; pero los informes se han multiplicado de tal suerte, que no cabe ya dudar del hecho, a menos de cerrar los ojos a la evidencia. Los párrocos lo atribuyen a mala voluntad de los notarios; pero los notarios son simples ecos e intérpretes del sentimiento general, y la generalidad no cree ya en la imparcialidad de los párrocos, se murmura que no siempre han correspondido a la confianza puesta en ellos por las familias; que se han mezclado más de lo justo, y no con la debida circunspección ni con todo el espíritu de justicia que hubiera sido de desear, en los asuntos domésticos de sus feligreses; y que cuando se ha tratado de elegir heredero entre los hijos e hijas, han solido inclinar su voto en favor de éstas, porque las mujeres cumplen más escrupulosamente que los varones las cláusulas de las capitulaciones y testamentos relativas a misas y aniversarios; y conceden al párroco mayor suma de intervención en los asuntos materiales de la casa, y además, porque para el caso de morir sin hijos e intestadas, suelen destinar la tercera parte libre de sus bienes para sufragios por sus almas. A esto se agrega el temor de ausencias muy prolongadas, por motivos análogos a los que dejaron huérfanas numerosas parroquias en los años anteriores a 1876, durante los cuales se otorgaron capitulaciones matrimoniales en menor número de lo ordinario, lo cual supone regularidad y pertur-

bación en la constitución y régimen de las familias. Median, además, para esa exclusión, razones de economía, aducidas ya en el capítulo III. Esto no obstante, todavía dan los capitulantes frecuente entrada al párroco en el Consejo, unas veces, por no chocar con él, otras, por no disgustar a las mujeres, y otras, finalmente, porque el jefe de la casa tiene un hermano presbítero, o un hijo que sigue la carrera, etc. En el distrito de Ayerbe, según el notario D. Plácido M. Laguarta, se halla muy extendida la práctica siguiente: si hay en la familia alguna persona de ilustración, el Consejo se constituye con parientes; en el caso contrario, con tres llamados fideicomisarios, a saber: el cura párroco, el alcalde y el juez municipal. Propónense de este modo contrarrestar el temido influjo del párroco en los actos de la vida doméstica.

Apéndice a este capítulo [29]

En los primeros tiempos de Roma, el derecho individual y de familia se hallaba sustraído por completo a toda intervención de la sociedad, siendo patrimonio exclusivo de la *gens,* agregado de familias colaterales, descendientes de una estirpe común y designadas con un común cognomen. El Estado (la tribu, la ciudad), no podía inmiscuirse en los asuntos interiores de la *gens,* y carecía de toda autoridad sobre el individuo por lo tocante a sus relaciones civiles; el padre era soberano absoluto dentro de la familia, sin más limitación que la que pudiera ponerle la asamblea de la «gente», que es algo como decir el Consejo de familia. Con el natural progreso de los tiempos, la personalidad individual principió a reclamar sus fueros, protegida por la ciudad, y como consecuencia, a quebrantarse el *jus gentilicium* o *privatum,* y paulatinamente a convertirse en *jus publicum;* la ciudad fue usurpando y llamando a sí la soberanía de las familias y gentes; la «potestas» del padre y del señor, la *manus* del marido, la *auctoritas* del tutor, el matrimonio, la testamentifación, las obligaciones, si bien seguían titulándose derechos privados, en realidad no lo eran, puesto que la ciudad los había sometido a normas fijas de conducta, sancionando su observancia con pena de nulidad o con castigos corporales. Al Consejo de parientes, que fallaba *ex aequo et bono,* o confor-

me al derecho familiar propio de su respectiva *gens,* había sustituido el magistrado de la ciudad, aplicando reglas de carácter general, que constituían ley, senadoconsulto o jurisprudencia. Con esto penetró en la historia un elemento jurídico necesario y antes no conocido: la fuerza social puesta al servicio de aquellas relaciones de derecho que, por su carácter absoluto, no pueden abandonarse al arbitrio de los individuos y de las familias. Sólo que, como casi siempre sucede, obrando la ley de la reacción, el nuevo elemento absorbió al antiguo, no menos legítimo y necesario que él, anulándolo, y la familia perdió su autonomía, se borró la *gens* hasta de la memoria, no quedando del derecho gentilicio más sino tal cual residuo esporádico, insignificante y sin trascendencia, en el Digesto y en el *Codex*[30].

En España, el círculo gentilicio, que alguna vez asoma en las Décadas de Tito Livio (*communes cognati,* lib. XXVIII, capítulo 21) y en las inscripciones de tiempo del Imperio (*gentilitas Desoncorum, gentilitas Tridiavorum,* Corpus i. l., vol II, 2633), duró más siglos que en Roma y encontró eco en el Fuero Juzgo y en los códigos y fueros peninsulares de la Edad Media, bien que muy indeterminado en punto a organización *(los parientes más propinquos),* y reducida su competencia al nombramiento de tutor en ciertas circunstancias, a la autorización del matrimonio de la huérfana soltera menor de edad, a la aprobación de las donaciones, quitas, etc., hechas por el pupilo a su guardador, y a la transferencia de los bienes dotales hecha por la mujer al marido. He aquí el texto de esas disposiciones, que constituyen el primer precedente legal de esta institución en Castilla, Aragón y Cataluña.

1.° «Quod si nec patruus, nec patrui filius, qui digne tutelam suscipiat orphanorum fuerit, tunc tutor *ab aliis parentibus in praesentia judicis* eligatur. Et sive mater tutelam, sive quicumque susceperit, praesentibus testibus vel propinquis, de omnibus rebus quas pater reliquit, brevis factus trium vel quinque testium subscriptione firmetur, et praesentibus ipsis, qui ad brevem faciendum testes interfuerint, Episcopo aut Presbytero, quem parentes elegerint, brevis commendetur, minoribus dum adoleverint reformandus.» (Fuero Juzgo, lib. IV, título III, ley 3.ª).

«Si el padre muriere, e fijos dél fincaren sin edad, la madre, no casando, tome a ellos e a sus bienes si quisiere, e tengalos en su guarda fasta que sean de edad; e los bienes de los fijos rescibalos por escripto *ante los parientes mas propinquos del muerto y delante alguno de los Alcaldes;* e si la madre se casare, no tenga mas a los fijos ni a sus bienes en guarda, y el *Alcalde con los parientes mas propinquos* del muerto den a ellos e a sus bienes, quien los tenga en guarda, asi como dice la ley de suso.» (Fuero Real de España, lib. III, tít. VII, ley 3.ª)

2.° «De puella vero, si ad petitionem ipsius is, qui natalibus eius videtur aequalis, accesserit petitor, tunc patruus, sive frater *cum proximis parentibus* conloquantur, si velint suscipere petitorem, ut aut communi voluntate jungantur, aut communi judicio denegatur.» (Fuero Juzgo, lib. III, tít. II, ley 8.ª).

«Si alguna manceua en cabellos (soltera), *sin voluntad de suos parientes los mas propinquos, o de suos cercanos coormanos,* casare con algund ome, e se ayuntare con él por qualquiera ayuntamiento, pesando a suos parientes mas propinquos o a suos cercanos coormanos, que non aya parte en lo de suo padre, sin en lo de la madre, e sea enagenada de todo eredamiento por todo siempre.» «Esto es fuero de Castiella: Que si alguna manceua en cabellos se casa o se va con algund ome, si non fuer con placer de suo padre, o de sua madre, si lo ouier, ó con placer *de suos ermanos,* si los ouier, *o con placer de suos parientes los mas cercanos,* deue ser deseredada...» (Fuero Viejo de Castilla, lib. v, tít. V, leyes 1-2).

3.° «Toda mujer virgen que a casar hobiere, asi case: si padre non hobiere, la madre non haya de poder de casarla, *a menos de los parientes del padre* que la habrien de heredar; et si non hobiere madre, el padre non haya de poder de casarla, *a menos de los parientes de la madre* que la habrien de heredar. Et si non hobiere padre nin madre, *los parientes de la una parte et de la otra* que la hobieren de heredar la casen.» (Fuero de Sepúlveda, tít. LV; id. de Cáceres y Salamanca). «Filia emparentada, padre ó madre la casen; e si uno de los padres fuere muerto, *con consejo de los parientes del muerto* la casen; e si amos los parientes fueren muertos, *los parientes de amas partes*

la casen; e los unos sin los otros non hayan poder de casarla.» (Fuero de Alcalá, cit. por Martínez Marina).

4.° «Ordenamos que si alguno, estando bajo potestad de otro, así como de tutor ó de curador, ó en otra manera, hiciere donación, ó remisión, ó absolución de algunos bienes ó derechos suyos á aquel bajo cuya potestad estuviere ó con el cual estuvieren, ó á otro por él, la tal donación, remisión ó absolución, en tanto cuanto tenga mira á donación, y el instrumento que sobre esto se hubiere hecho sea nulo ipso jure, á no ser que la dicha donación, remisión ó absolución fuesen hechas y firmadas con voluntad y consentimiento de *tres parientes más inmediatos* de parte de padre y de madre, si pudieren ser habidos; en otra manera, de tres personas ó de parte de padre tan solamente ó de parte de madre, del modo que puedan ser encontrados; y en falta de los susodichos, de tres amigos más allegados; y que además del consentimiento, interviniere autoridad y decreto de juez y el juramento del que hiciere la donación, definición ó remisión, en virtud de cual juramento afirme que las dichas personas son las más inmediatas y amigas» (usatge de 1351, Pedro III, Cortes de Perpiñán, cap. XVII; trad. de Vives Cebriá, t. II, pág. 261).

5.° «Verumtamen dicti pupilli, postquam quatordecimum annum suae aetatis attigerint, *de consilio duorum bonorum et legalium parentum et proximorum pupilli* ex parte illa unde bona descendunt, et cum auctoritate Iudicis, id (quitationem, liberationem, aut absolutionem, aut aliquem alium contractum, per quem tutores possint se tueri) facere, et non alias, possint.» (Fuero único de liberationibus et absolutionibus tutoribus per minores faciendis, Zaragoza, 1348; lib. V Fororum Regni Aragonum).

6.° «Non valebit viro dotis facta remissio ab uxore, nisi de proximorum uxoris consilio fiat istud; scilicet pàtris, si vivus fuerit, et unius alterius; vel si patrem non habuerit, *cum aliis duobus parentibus suis propinquioribus et legalibus.»* (Fuero 1.° de contractibus conjugum, Huesca, 1247, lib. V Fororum).

7.° «De consuetudine Regni, uxor potest tansferre in virum, sicut in extraneum, bona sua mobilia, et immobilia quae

non sunt dotes vel axovarium: dotes aut axovarium non potest transferre in virum, *nisi juxta formam fori De contractibus conjugum.*» (Observancia 1.ª de jure dotium, lib. V Observantiarum Regni Aragonum).

Sea influjo del Derecho romano, que había colocado el Código de las Partidas a la cabeza de los cuerpos legales de Castilla, sea evolución espontánea del principio socialista del derecho, que obrara del mismo modo que en los comienzos de la Era cristiana, es lo cierto que en el siglo pasado había cesado por completo la intervención de los parientes en las relaciones jurídicas de los menores, y fue cuando el Gobierno de Carlos III discurrió llamar a nueva vida, generalizándola al propio tiempo aquella disposición del Fuero Juzgo y del Fuero Viejo que requería el consentimiento de los parientes para el matrimonio de la mujer soltera huérfana de padre y madre. He aquí su tenor:

8.º «Mando que los hijos e hijas de familia menores de veinticinco años deban, para celebrar el contrato de esponsales, pedir y obtener el consejo y consentimiento de su padre, y en su defecto de la madre, y, a falta de ambos, de los abuelos por ambas líneas respectivamente; y no teniéndolos, *de los dos parientes más cercanos que se hallen en la mayor edad y no sean interesados o aspirantes* al tal matrimonio; y no habiéndolos capaces de darle, de los tutores o curadores; bien entendido que prestando los expresados parientes, tutores o curadores su consentimiento, deberán executarlo *con aprobación del Juez Real* e interviniendo su autoridad...» (Pragmática de 23 de marzo de 1776: Nov. Rec., lib. X, tít. II, ley 9.ª)

Esta disposición no debió surtir ningún efecto, ni produjo, por tanto, violencia el que se derogase, como virtualmente se derogó por pragmática de Carlos IV, fecha de 10 de abril de 1803, en el hecho de omitir el término «parientes» en la lista de personas autorizadas hasta entonces para consentir el matrimonio de los hijos de la familia. (Nov. Rec., lib. X, tít. II, ley 18). Igual silencio guardaron a este respecto las Cortes de Cádiz cuando fueron llamadas a fijar el sentido de dicha pragmática, por solicitud de algunos particulares (dictamen de la Comisión

de Justicia, sesión de 6 de junio de 1812; discusión del día 16 de junio y siguientes).

Había desaparecido de España el último vestigio del Consejo de familia. Unicamente en el Pirineo (Navarra, Alto Aragón y parte del norte de Cataluña), donde la tradición jurídica encontraba mayores condiciones de superviviencia, se mantuvo pujante esta institución y ha llegado sin menoscabo hasta nuestros días, acreditando el poder creador y juntamente la virtud conservadora que tiene la costumbre, cuando se la deja en libertad de escoger sus formas y el modo y momento de renovarlas, implantando un régimen de selfgovernment civil tal como el vigente en aquella privilegiada región de la Península. De la extensión de este Consejo de familia consuetudinario se formará una idea por los siguientes croquis, tomados a vista de la práctica en Aragón y Navarra.

9.° «El Consejo de familia no es en esta provincia (Navarra) enteramente desconocido en la práctica. La consulta ceremoniosa a los parientes, acostumbrada al tratarse de los matrimonios; las cláusulas puestas en las capitulaciones matrimoniales respecto de la división de los bienes en caso de separación de los padres donadores y los hijos donatarios, dando facultades a dos parientes de cada rama para realizarla; la facultad que puede concederse y se concede en las mismas capitulaciones matrimoniales a dichos parientes para que determinen si es conveniente que el viudo o viuda donatarios pasen a contraer segundas nupcias sin perder los bienes donados; la extraordinaria facultad del mismo modo concedida a los parientes de ambas líneas para que, en caso de morir marido y mujer sin hacer nombramiento de heredero en uno de sus hijos o hijas, señalando a los demás sus legítimas, lo hagan aquéllos, demuestran palpablemente cuánta intervención se da al Consejo de familia en Navarra, y que no es, por lo tanto, desconocida esta institución, y tiene en la práctica una extensión de facultades que ciertamente no se dan en país alguno.»[31]

«Según el registrador de la Propiedad de Pamplona, los pactos más en uso en las capitulaciones matrimoniales, son: que uno de los hijos de los nuevos cónyuges herede la casa y bienes donados, y a los demás se les señalen dotaciones sin

precisa igualdad, quedando facultados para el nombramiento de aquél y señalamiento de éstas los cónyuges donatarios; si el uno hubiese fallecido cuando llegue el caso, el sobreviviente; y si hubieren fallecido ambos, los dos parientes más cercanos de ambas líneas, con tercero en discordia...» Lo mismo dice el registrador de Aoíz, quien añade alguna otra aplicación del Consejo de familia: «si para atender a la educación y crianza de los hijos que queden (muerto el padre) y a la conservación de los bienes fuese necesario un nuevo matrimonio, ha de contraerlo (la viuda), para no perder el usufructo (de la casa y bienes del supérstite), con persona que tenga la aprobación de los donantes (los suegros) o del que de ellos sobreviva, o de dos parientes más próximos del donatario (el cónyuge supérstite), etcétera»[32].

10.° En el Alto Aragón, lo mismo que en Navarra, el Consejo de familia se constituye en cada caso por los contrayentes al tiempo de otorgar sus capitulaciones matrimoniales. Algunas veces confieren a las personas designadas por ellos poder general, sin especificar los géneros de controversia que están llamadas a decidir: «Pactan que si se hubiese de decidir cualquier punto o duda acerca de lo que se contiene en esta escritura y demás que ocurriese, lo hagan dos parientes, los más cercanos, uno de cada parte de dichos cónyuges, y el cura párroco o su regente que es y fuere de esta parroquia, y a ello se deberá estar». Pero lo ordinario es que la escritura de capitulación matrimonial especifique los casos en que ha de intervenir el Consejo de familia, y la fuerza o autoridad que han de tener sus decisiones. Así: 1.° Entiende en los asuntos concernientes a la tutela (si bien con menos extensión que en el Código civil español). 2.° Cuando los jefes de una familia han fallecido sin haber dispuesto cuál de sus hijos ha de sucederles en el señorío de la casa como heredero universal, lo designa y nombra, haciendo sus veces, el Consejo de familia. 3.° Aprueba o desaprueba las segundas o ulteriores nupcias del cónyuge supérstite en la casa del premortuo, con prórroga del usufructo o viudedad foral, conforme a la costumbre denominada «casamiento en casa». 4.° Acuerda y otorga los pactos de este nuevo matrimonio, asegurando los intereses propios de los hijos

del primero y especificando los derechos de los hijos que puedan nacer de la nueva unión, así como los del nuevo consorte. 5.° Conoce y falla sobre las quejas formuladas contra el nombrado sucesor, por sus padres o por sus hermanos, ya por malos tratamientos de su parte, o por escasez de alimentos, o por exigüidad en la dote o legítima que les asigna; y caso de ser su veredicto favorable a los querellantes, acuerda el modo y el tanto de la reparación, esto es, la suma que debe aprontar el heredero en concepto de dote o de alimentos según «el haber y poder de la casa». 6.° Entiende también en los casos de discordia entre los adoptantes y los adoptados, en la institución consuetudinaria llamada «acogimiento» y «casamiento sobre bienes», y caso de acordar la separación, determina la cantidad que han de sacar, en concepto de indemnización o salario, los que se separan con justo motivo de la comunidad. 7.° Entra, asimismo, en sus atribuciones la interpretación autorizada de la capitulación matrimonial en casos de duda, así como también suplir sus vacíos o sus deficiencias; dispone lo relativo a funerales, sufragios por el alma de los jefes de la familia ya difuntos, etc. *(Vid. más arriba, en este mismo capítulo).*

Hasta aquí los precedentes nacionales del Consejo de familia.

Por los días en que el Gobierno de Carlos IV suspendía desdeñosamente aquel ensayo modestísimo de restauración parcial decretada veintisiete años antes, los legisladores franceses tomaban del Derecho consuetudinario ultrapirenaico e introducían en el Código civil del Imperio el Consejo de familia aplicado a la tutela de los menores e incapacitados, y poco después las armas victoriosas de Napoleón lo propagaban por Europa, haciéndole tomar asiento en multitud de países, desde Holanda a Polonia, desde Polonia a Nápoles. Con esto vino a juntarse un hecho del orden intelectual, que hizo ganar crédito a la institución hasta en los países germánicos: la reconstrucción hecha por la crítica histórica de aquel primitivo círculo social, *γενος* o *gens*, que la raza aria implantó hace millares de años en Asia y Europa, ofreciendo a la especulación filosófica una imagen viva y real del principio del selfgovernment con que principiaba a soñar para la familia. Los redactores del

primitivo proyecto de Código civil español (1851) juzgaron desde el primer instante (1843-1844) deber prohijar la institución francesa, reorganizando sobre la base de ella la tutela tradicional: «la tutela —decían en el articulado— se ejercerá bajo la vigilancia del protutor y del Consejo de familia» (art. 172), y expresaban, por órgano de García Goyena, la esperanza de que los resultados de este ensayo «serían desde luego felices en las provincias de Fueros cuya legislación ha creado y conserva más vivo el espíritu de familia», y que «en las otras provincias serían más lentos y tardíos, pero que al fin se crearía ese mismo espíritu, *porque las buenas leyes acaban siempre por crear buenas costumbres»;* palabras memorables que retratan toda una época en la historia del pensamiento jurídico y encierran todo un sistema de filosofía, el mismo que inspiró aquella declaración estampada al frente del Código: «las leyes no pueden ser revocadas sino por otras leyes, y no valdrá alegar contra su observancia el desuso ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguas y universales que sean», porque... «así conviene a la dignidad del legislador y a la de la ley misma!» Sábese que aquel proyecto no llegó a pasar de tal; pero su articulado, en la parte referente al Consejo de familia, no dejó de surtir algún efecto; de él partió el legislador portugués, al codificar el Derecho civil en 1869, para reformar el Consejo de familia de la Novísima Reforma judicial de 1841; y en él calcó el legislador español la ley de 20 de junio de 1862 sobre consentimiento y consejo paterno para contraer matrimonio, trasladada más tarde con ligeras variantes a la ley de Enjuiciamiento civil de 1881, art. 1919 y siguientes. La Ley de Propiedad intelectual de 10 de enero de 1880 dio al Consejo de familia una aplicación distinta de las que había recibido hasta entonces; según ella, las obras publicadas por un autor no pasan al dominio público y no puede reimprimirlas el Estado, las Corporaciones científicas ni los particulares, cuando manifiesta en forma solemne, y dentro de cierto término, su voluntad de que la obra no vea la luz pública alguna de las personas siguientes: 1.º El autor que conserva la propiedad de la obra. 2.º El heredero del autor, siempre que lo haga de acuerdo con el Consejo de familia (art. 44), formado de parientes del dicho heredero o de amigos de sus padres, y presidido por el alcalde,

lo mismo que en el Proyecto de Código civil de 1851 (Reglamento de 3 de septiembre de 1880, arts. 46-52).

Mientras tanto, se había descubierto en el régimen consuetudinario del Pirineo aragonés[33] la existencia del Consejo de parientes como institución de carácter general, que penetraba todo el derecho de familia, y cuyos resultados beneficiosos acreditaba el hecho de haberse introducido en la práctica y mantenerse vivo y vigoroso, no por obra del legislador, sino por el libre albedrío de los particulares, que lo estatuían y decretaban en sus capitulaciones matrimoniales y testamentos. No había que hablar ya de importación ni de ensayo: el Consejo de familia podía penetrar en la legislación civil española como institución eminentemente nacional y abonada por la experiencia de muchos siglos. Movido principalmente de aquel hecho, el Congreso Jurídico Aragonés, que se celebró en Zaragoza en 1880, hubo de pronunciarse casi unánimemente a favor del Consejo de familia y de su codificación como parte del derecho de familia, señalando como tipo, junto con otros precedentes, la institución consuetudinaria altoaragonesa[34]. A poco se tuvo noticia de que también en Navarra había sobrevivido y seguía rigiendo en las mismas condiciones que en el Alto Aragón[35]. El Congreso Jurídico Español celebrado en Madrid en 1886, votó por una gran mayoría la introducción del Consejo de familia en la legislación civil española, si bien no todavía como institución sustantiva que abarcara todo el derecho de familia, sino tan sólo como una rueda auxiliar de la tutela[36].

Con tales precedentes ha entrado en el Código civil español el Consejo de familia. Comparándolo con el del Proyecto de 1851, y en general, con el de los demás Códigos europeos, que en este punto vienen a ser uniformes, no tardan en advertirse dos diferencias radicales en orden a la intervención del poder público en la constitución y dirección de dicho Consejo, y una absoluta identidad en cuanto a la competencia o facultades del mismo y a los llamamientos de los parientes que han de componerlo.

a) Los Códigos europeos autorizan a los padres para nombrar tutores y no para nombrar vocales del Consejo de familia. «Os paes, dice Dias Ferreira, nem podem nomear nem excluir

cualquier individuo de vogal do conselho de familia.» Es un fenómeno curioso la reacción que se ha obrado sobre este particular en nuestro tiempo; la legislación civil de Toscana de 1838 y la procesal de Portugal de 1841, no obstante hallarse tan próximo el Código Napoleón, constituían dicho Consejo con vocales testamentarios, y sólo a falta de éstos echaban mano de los legítimos; ahora, los Códigos civiles de Portugal e Italia, desentendiéndose del precedente patrio, han vuelto la cara al Código francés, privando al padre de la facultad de ordenar la composición del Consejo. Más lógico nuestro Código, dispone que lo formen «las personas que el padre, o la madre en su caso, hubieren designado en su testamento», y que no sean admitidas en él aquellas «a quienes el mismo padre, o la madre en su caso, hubieren excluido en su testamento de este cargo». Esta novedad tenía dos importantes precedentes en la Península: uno, la Novísima Reforma judicial portuguesa de 1841, cuyo artículo 395 declara que «el padre puede designar las personas que deban componer el Consejo de familia con preferencia a la madre y a los demás parientes del menor»; otro, la costumbre navarra y altoaragonesa, en la cual, como es fácil comprender, el Consejo es exclusivamente testamentario (las capitulaciones matrimoniales surten allí efectos de testamento en este respecto). Los escritores aragoneses desde 1879 habían abogado resueltamente porque la ley sancionara este criterio de libertad, lo mismo el Sr. Franco y López[37], que el Sr. Ripollés[38], que el Sr. Costa[39], como el Sr. Gistau con posterioridad[40].

La razón y la lógica juntamente aplauden esta novedad. Nada, con efecto, autorizaba a medir con rasero distinto la una y la otra institución: si es justo y conveniente que los padres nombren tutores y curadores para sus hijos, justo y conveniente ha de ser que nombren los vocales del Consejo de familia. Lo que hay es que, tanto respecto de éstos como respecto de aquéllos, se ha excedido tal vez la justa medida, y que habría convenido no atar las manos tan en absoluto al poder público, reservando a éste la facultad de discutir los llamamientos hechos por los padres; las incapacidades declaradas por el artículo 237 del Código no son garantía suficiente para

los menores, y no le es lícito al Estado desprenderse en lo más mínimo del poder tutelar que le está conferido por ley de su propia naturaleza. El nombramiento hecho por los padres induce presunción de que las personas nombradas son las más aptas para gobernar y proteger a sus hijos en las respectivas funciones de la tutela, ora como tutores, ora como protutores o como vocales del Consejo de familia; pero presunción no dice certidumbre, y el Estado tiene el deber de proporcionar el máximo de garantía posible a las personas desvalidas, y para este efecto, de retener íntegra su soberanía, sin delegar el ejercicio de ella en ninguna persona, aun siendo tan desinteresada como son los padres. El voto de éstos debe ser meramente consultivo. Lo ordinario será que el representante del Estado nombre a las personas designadas por ellos, pero debe quedar en aptitud de preterirlas y nombrar otras.

b) Según nuestro Código, «será presidente del Consejo de familia (con derecho de citar a junta, decidir los empates, ejecutar los acuerdos, etc.) el vocal que eligieren los demás». Esta disposición, no tan sólo contradice lo establecido por los Códigos europeos, los cuales encomiendan unánimemente dicha presencia al juez municipal; contradice también todos los precedentes patrios. Lo mismo por derecho antiguo (Fuero Juzgo, Fuero Real, Usatges de Cataluña, Fueros y Observancias de Aragón) que por derecho moderno (Pragmática de 1776, ley de 20 de junio de 1862, ley de Enjuiciamiento civil de 1881), el Consejo de parientes ha sido siempre presidido por la autoridad judicial. Esta jurisprudencia se continuaba en la costumbre del Pirineo, donde los que contraen matrimonio, al estatuir el Consejo de familia, designan casi siempre, junto con los parientes, al párroco, al alcalde o al juez. Y así, aquellos que en el Congreso de Jurisconsultos aragoneses proclamaron la más absoluta libertad en materia de Consejo de familia, privando de toda intervención en él a la autoridad judicial, exceptuaban expresamente el caso de que se constituyera para régimen de una tutela[41].

No podemos, pues, aprobar esta innovación, y tenemos por seguro que en la primera revisión que se haga del Código se volverá a las buenas tradiciones. Antes del Código, los asuntos

de los menores venían confiados exclusivamente al juez; ahora, con el Código, se encomiendan exclusivamente a los parientes o amigos; el salto ha sido mortal, y la ley de las transiciones, que es ley natural y eterna, no la autorizaba. Lo menos que ha podido hacerse es encomendar al juez municipal la presidencia del Consejo sin voz ni voto, como en la ley de Enjuiciamiento civil de 1881[42]. Así es en Portugal, y todavía no satisface: «¿Qué razón hubo para alterar en este punto la legislación existente?», se pregunta un comentarista de aquel Código, el Sr. Dias Ferreira; «seguramente habrá sido alguna razón *filosófica,* pues la experiencia constante desde 1832 venía acreditando la necesidad de limitar las facultades de los Consejos de familia, los cuales, en la mayor parte de los casos, proceden como abogados del tutor o cabeza de familia contra los huérfanos». Un artículo del Proyecto de Código civil francés limitaba también las funciones del juez a la dirección de los debates del Consejo y a la redacción de las actas de sus sesiones; pero aquel artículo se rechazó, y hoy está universalmente admitido que el juez tiene voz y voto en el Consejo de familia, lo mismo que los demás vocales. Nunca podrá asimilarse tal Consejo a un tribunal de amigables componedores; porque los asuntos para cuya decisión se constituye aquél, no son de índole puramente privada. Por otra parte, si el Consejo se compone sólo de personas privadas, sus acuerdos carecerán de autenticidad, y para revestirlos de ella habrá que proceder a operaciones ulteriores (comparecencia ante notarios, etc.), que complicarán innecesariamente la administración de la tutela, según tendremos ocasión de observar cuando comentemos el artículo 304. En previsión de esto, la legislación toscana, que excluía también al juez de la presidencia del Consejo, disponía que en la primera sesión eligieran los vocales, de entre ellos mismos, presidente y vicepresidente, y nombrasen un notario para que levantara acta de las sesiones; añadiendo que la elección para presidente podía recaer en el notario mismo[43].

La impresión que queda, después de cuanto llevamos dicho, es que el legislador español ha ido en busca de modelo para su Consejo de familia a donde menos podía sospecharse, a la legislación toscana; vocales testamentarios en primer término;

en su defecto, legítimos o dativos en número de cinco; presidencia de uno de ellos, designado por los demás. Si se trata de una coincidencia fortuita o ha habido copia realmente, no podemos decirlo. Como quiera que sea, la tendencia general del Código en este título es sana y digna de la mayor alabanza. Inspíralo un respeto que raya en idolátrico a la autonomía de la familia; exalta la espontaneidad individual hasta la exageración, en grado que no alcanzó jamás Código alguno de Europa; alienta por todo él un aura de libertad a que no estaba acostumbrado nuestro país, y que, corriéndose más tarde a las demás instituciones del Derecho, transformará las relaciones del poder público con los particulares y la forma de su intervención en la vida privada. Falta ahora retocar y perfeccionar lo hecho, inspirándose en los precedentes de nuestra legislación y en los trabajos de nuestros tratadistas.

Vengamos ahora a aquellos otros dos puntos, igualmente fundamentales, en que nuestro Consejo de familia coincide con los demás Códigos europeos.

a) En defecto de vocales testamentarios, dispone el nuestro que el Consejo de familia se componga «de los ascendientes y descendientes varones, y de los hermanos y maridos de las hermanas vivas del menor o incapacitado, cualquiera que sea su número: si no llegaren a cinco, se completará este número con los parientes varones *más próximos* de ambas líneas paterna y materna...; si no hubiera ascendientes, descendientes, hermanos y maridos de las hermanas vivas, se constituirá el Consejo con los cinco parientes varones *más próximos* del menor o incapacitado...» Igual regla se halla admitida, con ligeras variantes, en los demás Códigos europeos. El Consejo de familia legítimo viene así dado por la naturaleza; niégase toda intervención en él al prudente arbitrio del poder público; no hay derecho a excluir o posponer al pariente más cercano, no siendo que haya sufrido pena por ciertos delitos, o que esté calificado como persona de mala conducta, o litigue con el menor, etcétera. Huyendo de la arbitrariedad, se ha caído en el fatalismo, atenuado, sí, pero no suprimido por los artículos 237 y 238 en relación con el 298, donde se enumeran las causas de inhabilitación para ser vocales del Consejo de familia. Aquí

habría estado justificado que el legislador español se apartara del precedente europeo; más aún que en el caso de los vocales testamentarios, convenía, tratándose de los legítimos, haber dejado a la autoridad pública una cierta latitud de apreciación calcada en la excelente ley de Toscana de 2 de agosto de 1838, la cual fijaba, lo mismo que la nuestra de ahora, el orden de prelación que debía observarse en el nombramiento de vocales del Consejo, entre agnados, cognados, afines y amigos, pero añadiendo que «el juez podrá prescindir de dicho orden legal si la prudencia, el conocimiento de las personas, la distancia del domicilio, etc., le aconsejan preferir como más convenientes a parientes menos próximos o aun a afines o extraños».

b) Asimismo ha seguido a los Códigos europeos el español, desviándose de la costumbre patria, en lo tocante a las funciones encomendadas al Consejo de familia. No forma éste por sí un tratado preliminar, extensivo y aplicable a todo el derecho de familia, sino meramente un título subordinado al de la tutela, como si fuese no más que un miembro suyo en igual línea que el tutor y que el protutor. No hay que decir hasta qué punto se han defraudado con esto las aspiraciones de la filosofía contemporánea, empeñada en rescatar a la familia de la servidumbre del romanismo y encerrar otra vez en sus naturales cauces el poder público. Protección de los hijos y de la mujer contra las prodigalidades del padre y del marido, corrección por malos tratamientos, obligaciones contraídas por mujer casada, abandono en la educación de los hijos, heredamientos universales y compañía familiar, insuficiencia de dotes o legítimas de la nulidad, efectos del casamiento del viudo o de la viuda, adopciones, abintestatos, cuestiones son, por no citar otras, que reclamaban, a par de la tutela, la intervención activa de los parientes, al menos en concepto de coadyuvantes del poder público, en el grado en que el jurado lo es de la administración de justicia. El Consejo de familia, encauzado con el debido arte, es una institución eminentemente moral y económica; disminuye el número de pleitos, previene la disolución de las familias y hace de ellas agregados orgánicos y Estados vivos donde el individuo encuentra el maximum de condiciones favorables a su bienestar y desenvolvimiento: en el Alto Aragón

está admitido que el Consejo de parientes evita muchas discordias y ahorra muchos millones a las familias. Esperemos que el legislador español no se petrificará en ese primer molde; luego que la institución haya recibido el urgente beneficio de las reformas antes apuntadas y se haya aclimatado en el terreno de la tutela, irá ensanchando su esfera de acción y reanudándose el hilo de las tradiciones familiares de nuestra patria; desasimilará el Estado paulatinamente toda esa masa de derecho que tenía usurpado a la familia y se librará de cuidados que tomó sobre sí en mala hora y que desempeñará imperfectamente, porque no son de su competencia. — JOAQUÍN COSTA[44].

Madrid, 1885.

Notas

21 *Cod.* lib. v, tít. IV, ley 18. *Dig.*, lib. XXVII, tít. II, § 1, ley 1.ª; y lib. XLII, tít. IV, § 1, ley 5.ª.

22 «Quod si nec patruus nec patrui filius qui digne tutelam orphanorum fuerit, tunc tutor ab aliis parentibus in præsentia judicis eligatur (la versión, castellana de Fernando II dijo mal: *el juez lo dé á alguno de los otros parientes*). Et sive mater tutelam, sive quicumque susceperit, præsentibus testibus vel propinquis, de omnibus rebus quas pater reliquit, brevis factus trium vel quinque testium subscriptione firmetur, et præsentibus ipsis, que ad brevem faciendum testes interfuerint, Episcopo aut Presbytero, quem parentes elegerint, brevis commendetur minoribus dum adoleverint reformandus. (*F. Juzgo, libro* IV, tít. III, ley 3.ª).»

23 «Si el padre muriese é fijos dél fincasen sin edad, la madre, no casando, tome á ellos é á sus bienes si quisiere, é téngalos en su guarda fasta que sean de edad; é los bienes de los fijos rescibalos por escrito ante los parientes más propinquos del muerto, y delante de alguno de los Alcaldes; é si la madre se casase, no tenga más á los fijos ni á sus bienes en guarda, y el Alcalde, con los parientes más propinquos del muerto, den á ellos é á sus bienes quien los tenga en guarda, como dice la ley de suso (*F. Real*, lib. III, tít. VIII, ley 3.ª)»

24 «Establecemos y ordenamos que, en lo sucesivo, los pupilos que tuvieren tutores, aun cuando haya cumplido catorce años de edad, no puedan hacer en favor de los tutores que hayan desempeñado su tutela y administrado sus bienes, quita liberación ni absolución ni ningún otro contrato por el que los citados tutores puedan quedarse a cubierto de responsabilidades... si no es con el consejo de dos parientes buenos, legales y más próximos del mismo por aquella parte de donde descienden los bienes y con autoridad del juez, y no de otro modo (fuero único *De liberationibus et absolutionibus tutoribus per minores faciendis).*»

«No valdrá la remisión de la dote hecha al varón por la mujer, a no ser que esto se haga con el consentimiento de los más próximos parientes de la esposa, esto es, del padre, si viviere, y algún otro, y si no tuviere padre, con otros dos parientes suyos de los más propinquos y legales (fuero I *de contractibus conjugum).*»

[25] *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, por el señor D. Florencio García Goyena, 1852, pág. 187.

[26] C. Aubry y C. Rau, *Cours de Droit civil français*, 1869, t. I, pág. 372.

[27] Cód. de procedimiento francés, art. 889: Merlin, *Rep.*, v. *Conseil de famille*, núm. 3; Demolombe, VII. 320; Broechel, § 27; De Fréminville, I, 116; Du Carroy, Bonnier y Roustain, I, 663, etc. Ap. Aubry y Rau, *ob. cit.*, p. 372.

[28] «Es digno de notarse el hecho de que se encuentre el Consejo doméstico en todas las razas arias, y de que el número de miembros de que consta sea casi siempre uno mismo. Ese número es de cinco en todos los casos, si se exceptúa el país de Gales, donde, probablemente por alguna circunstancia accidental, se compone de siete miembros» (Hearn, *The aryan household*, p. 128 y sigs.) Respecto de la India, puede consultarse a Summer Maine, *Village communities*, p. 123; respecto de Irlanda, el Dr. Sullivan, *Introd. to O'Curry Lectures* I, CCIII; respecto de Roma, Dion. de Halic., *Antig. rom.*, II, 15, etc. Según Tácito, entre los germanos, el marido no podía juzgar y castigar a su mujer sino *coram propinquis* (*De morib. german.*, c. 19). Recuérdese también el Concilium amicorum de los romanos y el *Forum domesticum* o Consejo doméstico cuyo concurso parece le era necesario al padre para juzgar a los miembros de la familia.

[29] Desde la promulgación del Código civil han visto la luz pública numerosos libros de Comentarios, en lo general, como toda obra improvisada, de escasísimo valor científico y de muy dudosa utilidad práctica. Todos ellos están unánimes en afirmar que el Consejo de familia es una institución exótica, sin precedentes que sean de apreciar en nuestra patria. El artículo que hoy publicamos del Sr. Costa, persuadirá de lo contrario aun al más prevenido. El problema que en él se ventila no es de mera curiosidad y entretenimiento; antes bien, la cuestión histórica trasciende aquí, como en tantos otros casos, a la legislativa y judicial. — N. DE LA R. (*La Controversia*, revista de Madrid, núm. 152; 19 de marzo de 1891).

[30] Digesto, lib. XXVII, tít. II, § 1.°, ley 1.ª, y lib. XLII, tít. IV, § 1.°, ley 5.ª; Código, lib. V, tít. IV, ley 18.

[31] A. Morales: *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra*; Pamplona, 1884, págs. 48-49.

[32] *Memorias y Estados formados por los Registradores de la Propiedad* en cumplimiento de lo prevenido en el Real Decreto de 31 de agosto de 1886; Madrid, 1890, t. III, págs. 150-151.

[33] J. Costa, *El Consejo de familia en el Alto Aragón* «Revista general de Legislación y Jurisprudencia», tomo 54; Madrid, 1879, págs. 257 y siguientes.

[34] Costa, *La libertad civil y el Congreso de jurisconsultos aragoneses* (Biblioteca jurídica de autores españoles); Madrid, 1883, pág. 235.

[35] A. Morales, *Memoria* citada, Pamplona, 1884, págs. 48-49.

[36] *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 70; Madrid, 1887, páginas 42-43 y 627.

[37] *Memorias sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés*, etc., por D. Luis Franco y López; Zaragoza, 1888, art. 38.

[38] *El Consejo de familia*, dictamen presentado al Congreso Jurídico Español de 1888 por D. Mariano Ripollés, ponente del tema quinto; Madrid, 1886, pág. 29.

[39] *El Consejo de familia*, Revista general de Legislación y Jurisprudencia, t. LIV; Madrid, 1879, págs. 257 y siguientes; *Teoría del hecho jurídico* (Biblioteca jurídica de autores españoles, Madrid, 1880, pág. 96; *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses* (Biblioteca jurídica), Madrid, 1883, cap. VII.

40 *El Consejo de familia*, discurso leído por D. Enrique Gistau y Casbas en el ejercicio para obtener el grado de doctor en la Facultad de Derecho de Madrid; Zaragoza, 1890.

41 «Respecto de la intervención del poder público en el Consejo de familia, se observarán las reglas siguientes:

»Primera. Siempre que los particulares hayan estatuido de *motu proprio* uno o más Consejos de familia, dentro de los límites señalados por la ley, el juez municipal, si no hubiese sido llamado por el texto de la *carta* (capitulación matrimonial o testamento), se abstendrá de toda intervención activa que no sea cerciorarse de que, llegado el caso previsto, funciona con regularidad y desempeña su misión dentro de los plazos legales.

»Segunda. Cuando los particulares no hayan estatuido en la *carta* Consejo alguno, y ocurra uno de los hechos que, según la ley, obligan a su constitución, el juez municipal convocará a los parientes llamados por ella, constituirá el Consejo de familia en la forma supletoria determinada por el Código y lo presidirá por propia autoridad, en representación de la ley.

»Tercera. Unicamente cuando se trate de asuntos propios de la tutela, es inexcusable el concurso del juez, aunque no se halle previsto en la *carta* o disponga ésta lo contrario.» (Proposición del Sr. Costa; ob. cit. *La libertad civil*, etc., cap. VII).

42 Art. 1985. «El juez (municipal) no tendrá voz ni voto en las deliberaciones (de la Junta de parientes).»

43 Ley de 2 de agosto de 1838, e Instrucción de 9 de noviembre del mismo año. También el Código civil de la Luisiana (1824) disponía que la junta de parientes celebrara sus sesiones ante un juez de paz o un notario nombrado por el juez para que redactase el acta de las deliberaciones y librase copias autorizadas de ella (artículos 308 y 311).

44 Precede a mis comentarios sobre los artículos 293-314 del Código civil, que forman parte de *Comentarios al Código civil español*, por D. José María Manresa, con la colaboración de varios jurisconsultos; tomo II, Madrid, 1891; págs. 360 y siguientes.

4. *Capítulo* El heredamiento universal

Háblase mucho de la libertad de testar aragonesa, pero se ignora por la generalidad de las condiciones en que vive, los pactos que la limitan, y las costumbres que hacen práctico uno de los principios jurídicos más controvertidos y de más difícil legislar. Dos son, fundamentalmente, las instituciones consuetudinarias que viven a la sombra de esa libertad, y que al propio tiempo nutren su raíz y le dan la vida: el *heredamiento* y las *legítimas*. A su examen están consagrados el presente capítulo y el inmediato, en los cuales procuraré explicarme por boca del pueblo mismo, reproduciendo textualmente cláusulas de instrumentos redactados con arreglo al formulario usual en la zona aragonesa del Pirineo; manera de declarar la doctrina mediante los mismos hechos en que la doctrina se revela y se realiza.

Lo primero que, con justicia, llama la atención al estudiar el derecho del Pirineo aragonés en materia de sucesiones, es la antítesis, la oposición radicalísima entre el texto liberal y de sabor moderno de la ley, y el sello aristocrático, o más bien, primitivo y patriarcal de la costumbre. La primera proclama la libertad casi absoluta en la testamentifación; la segunda, poco menos que mantiene en vigor el derecho de primogenitura. Es un rasgo que despierta en la memoria el recuerdo de la legislación inglesa. Yo no puedo explicarme tan curioso fenómeno sino históricamente, por una superposición de dos razas, y la amalgama consiguiente de dos diferentes legislaciones. Creo que el derecho de primogenitura es ibero, éuskaro; que el derecho de libre testamentifación ha penetrado en Aragón con posterioridad, importado por los celtas; y que la costumbre pirenaica ha nacido de la conjunción de entrambos. Expondré sumariamente los fundamentos de esta convicción.

El derecho de primogenitura ha regido en todos los pueblos de las dos vertientes pirenaicas, y en algunos de ellos continúa en vigor, no obstante las tendencias igualitarias de la legisla-

ción romana y de los Códigos revolucionarios modernos. En los fueros de la Navarra francesa, los bienes patrimoniales, *avitins* y de *papoadge* (por la doble línea del padre y de la madre), o como diríamos en Aragón, *de abolorio,* se transmiten al hijo mayor, varón o hembra, del primer matrimonio; sus hermanos reciben una dote moderada sobre los bienes adquiridos por sus padres, no heredados de los abuelos, y aun esas dotes revierten al tronco, y entran a formar parte del patrimonio representado por el heredero primogénito, si los dotados fallecen sin sucesión. Análoga disposición a ésta contienen los Fueros o Costumbres de Bayona, Labourd, Sôle, Aqs y San Severo. Los de Bigorra consagran idénticos principios, si bien las legítimas, en Barèges, pueden afectar a los bienes patrimoniales, cuando los adquiridos no alcanzan a cubrir las dotes de todos los hermanos (graduadas «por el número de éstos y las facultades de la casa»). Rige igualmente en la República de Andorra, donde el primogénito concentra en sus manos la totalidad de los bienes hereditarios y la autoridad doméstica entera, recordando los antiguos tiempos patriarcales; sus hermanos reciben una pequeña dote en metálico, cuando abandonen la casa paterna; lo cual no sucede sino cuando se les ofrece ocasión de unirse con alguna heredera. No tenemos para qué recordar el heredamiento de Cataluña y el llamamiento del primogénito, varón o hembra, a la sucesión universal, tan común aún hoy, mayormente en la zona pirenaica, no obstante el famoso Fuero de Monzón que concedió a los catalanes una relativa libertad de testar. Exactamente lo mismo cabe decir con respecto a las comarcas septentrionales del antiguo reino de Aragón. Uniformidad tan manifiesta arguye un origen común; el principio de la primogenitura en la Península es anterior a las invasiones de los celtas, y lo heredaron los iberos de sus primogenitores los primitivos arios, al par de los indios, griegos, eslavos, germanos e italiotas. En los tiempos prehistóricos, la propiedad era de la familia; el testamento era desconocido; la sucesión, intestada. Considerábase la familia como una entidad que debía subsistir eternamente; la propiedad era como el cuerpo visible e inmutable de ella, y, por tanto, condición esencial de su existencia; de aquí el que se vinculase para siempre en el hogar. Por esto denuncian los historiadores en el derecho

de todas las razas, en Oriente lo mismo que en Occidente, entre los chinos como entre los judíos e indo-europeos, la sucesión legítima, la perpetuidad de los bienes hereditarios en la familia, y la administración y representación de ésta por el hijo mayor. En la raza aria se enlazaba este régimen con las creencias religiosas; la propiedad estaba adscrita al culto de la familia; su fin principal era el servicio fúnebre, y el derecho de primogenitura conceptuábase privilegio religioso; el primogénito era el elegido por los manes de los antepasados para perpetuar la familia, oficiar en el altar doméstico y consagrarles la piadosa ofrenda; sucedía en toda la condición social del padre difunto, y en su persona se acumulaban el nombre y las tradiciones de la familia; la mujer no salía nunca de la menor edad. Así como se fueron debilitando y relajando la creencia en los dioses lares y las prácticas del culto doméstico, quebrantóse el principio de la inalienabilidad e indivisibilidad del patrimonio, amaneció el testamento para los bienes adquiridos, y por último la libertad de testar respecto de todos indistintamente. Esparta fue, entre todas las naciones griegas, la más fiel a estas instituciones arcaicas, nacidas en la cuna de la humanidad; la libertad de testar no fue admitida hasta Teopompo, año 400 antes de J.C.; en Atenas, hasta Solón, cuyas leyes, no obstante, reconocían la libre testamentifación únicamente en el caso de que no existieran hijos; en Roma, hasta las XII Tablas, si bien no tardó en limitarla el derecho honorario de los Pretores. Los romanos introdujeron el testamento en la Germania; los ingleses lo han introducido en la India.

Dos rasgos imprimen al derecho de primogenitura ibérico un sello especial, y lo diferencian de ese otro que dio carácter a las primitivas legislaciones indo-europeas; primero, su absolutividad; segundo, su permanencia. Efecto de atribuirse el poder reproductor exclusivamente al padre, era creencia general en la antigüedad que sólo por los varones se transmitía el culto doméstico, que únicamente a los varones era lícito ofrecer el sagrado banquete a los manes de los antepasados. Consecuencia lógica de este principio fue el limitar a los varones el derecho de primogenitura. Pero en la raza ibera, las hembras alcanzaban igual consideración que los varones, si tal vez no superior: Strabón hace constar el régimen gunaicocrático o de la

familia matriarcal entre los cántabros (*Rer. Geograph.*, III, IV, 18), y es casi seguro que bajo esta denominación quiso aludir a los vascones, con quien más de una vez los confundieron los autores clásicos (v. gr.: Juvenal, *sat.* XV); las mujeres de los bebrycios y otras tribus de la Narbonense, de origen ibérico, formaron un tribunal internacional que debía fallar las contiendas que se promoviesen entre sus maridos y el ejército expedicionario de Aníbal (Plut., *De virt. mulier.*); una inscripción tyrasonense, hallada casi en los confines de los vascones, el año pasado, hace creer que los hijos tomaban el apellido de la madre y no del padre, según es propio de todo régimen gunaicocrático (vid. *Rev. de España,* 28 de abril de 1879, pág. 497); y el mismo Strabón denunció como existente en el Pirineo la singular costumbre del «parto varonil», que no ha desaparecido todavía del Bearne, donde es conocida con el nombre de *couvade*, extraño simbolismo que revela un estado de inferioridad social de los padres con respecto a las madres. Y como las transformaciones sociales no se consuman en un día, sino que son obra de los siglos, y se realizan siempre, no de una vez y como por saltos, sino gradualmente, por transiciones, no se pasó instantáneamente del régimen de la gunaicocracia al opuesto androcrático, sino a uno mixto en que el primogénito, fuese varón, fuese hembra, sucedía a sus padres en toda la universalidad de la herencia, y dotaba a sus hermanos y hermanas en lo necesario para constituir una vecindad. El otro rasgo diferencial queda dicho que es la persistencia de este principio a través de las edades: en la mayor parte de los pueblos de la antigüedad, el principio de la primogenitura fue de los primeros en ceder al empuje de las ideas individualistas con que se anunciaron las civilizaciones clásicas; en los demás, había desaparecido ya en la edad Edad Media, por ejemplo, en las comunidades domésticas francesa e italiana; el *chef du chantreau* y el *reggitore* eran electivos, como lo es hoy el *gospodar* de las zadrugas eslavas. Por el contrario, en el Pirineo la primogenitura, y lo que es más singular, la primogenitura absoluta, de varón o mujer, como en los primeros siglos, se elevó a categoría de principio legal en los fueros de la vertiente septentrional, y todavía vienen acatándolo por costumbre en nuestro siglo algunas comarcas de la vertiente española.

El otro principio que encontramos amalgamado con el de primogenitura en el Pirineo, la libertad de testar, no es ibérico, sino céltico; y no nació en las montañas pirenaicas, sino en el interior de la Península y a orillas del Ebro, en la tierra llana. Tampoco lo creo originario, es decir, propio y característico del derecho primitivo de los celtíberos, sino nacido en los últimos siglos del Imperio, y desarrollado en los primeros del reino visigótico, como antes en Grecia y Roma, acaso por haberse relajado los vínculos de la familia y depravádose las costumbres, a poder de causas que no necesitamos especificar, porque están en la memoria de todos. *Plerique enim,* dice el Fuero Juzgo, *indiscrete viventes, suasque facultates interdum vel causa luxuriae, vel cujusdam malae voluntatis adsensu, in personas extraneas transferentes, ita inofensos filios, vel nepotes aut non ex gravi culpa forsitan abnoxios inanes relinquunt, ut utilitatibus publicis nihil possint prodesse...* (lib. IV, tít. V, ley 1.ª); *quia mulieres, quibus dudum concessum fuerat de suis dotibus judicare quod voluissent, quædam reperiuntur, spretis filiis vel nepotibus, easdem dotes illis conferre cum quibus constiterit nequiter eas vixisse...* (Ibid., ley 2.ª). Según se ve, pues, tanto los padres como las madres tenían reconocida la más amplia libertad de testar, y de ella abusaban impíamente, posponiendo las más sagradas obligaciones al regalo de sus pasiones. Los Concilios toledanos, saliendo a la defensa del derecho de los hijos, y proclamando el principio de la *naturalis pietas,* como en otro tiempo los Pretores el *officium paternum,* se propusieron disciplinar una libertad de que tan ruin uso se hacía; y como sucede siempre en tales casos, obró la ley de la reacción, y a la licencia opusieron un sistema de legítimas, opresor y tiránico, que hirió en su raíz la autoridad de los padres dentro de la familia; *ideo abrogata legis illius sententia* («tollemos la antigua ley», dice la versión castellana antigua), *qua pater vel mater, aut avus sive avia, in estraneam personam facultatem suam conferre, si voluissent, potestatem haberent, vel etiam de dote sua facere mulier, quod elegisset, in arbitrio consisteret...* y a continuación, tasa la parte de herencia que como legítima debe pasar a los hijos, y de que los padres no pueden disponer. Esta disposición alcanzó muy varia fortuna. Asimiláronsela León y Castilla, y echó raíces en su legislación.

Aceptóla también Cataluña, señaladamente la provincia de Tarragona, hasta que en el siglo XIV fue reemplazada por el sistema romano. En Aragón fue muy otra su suerte, puesto que en los orígenes de la Reconquista, el Fuero de Jaca, remozaba aquella antigua ley liberal que el Fuero Juzgo había intentado erradicar, y el Rey Alfonso la confirmaba siglos después, en 1187; *laudo et confirmo quod homines de Jacca, de bonis quæ Dominus eis dedit, sive habeant infantem sive non, possint ordinare de bonis suis et hereditatibus, sicut eis placuerit, nullo homine contradicente* (Lib. de la Cadena, f. 9). La libertad absoluta de testamentifación de las mujeres, que también había sido condenada y abrogada por el Fuero Juzgo, reaparece en la Edad Media al otro lado de los Pirineos —en cuya vertiente francesa tantos núcleos de población diseminó nuestra Península ya en épocas antehistóricas, y después, a raíz de la guerra Sertoriana y al tiempo de la invasión de los sarracenos—: según la costumbre de Tolosa, la mujer no venía obligada a instituir herederos a sus hijos o hijas, y hasta podía no legarles cosa alguna (*de testam.*, art. 9); cuya facultad no le fue retirada hasta el siglo XIII. La ley toledana sobre legítimas, recibida en un principio con aquella indiferencia por los aragoneses, hubo de ingerirse al cabo en su organismo civil, durante el primer período de la Reconquista, y aun convertirse en ley o en observancia obligatoria, puesto que ya en 1307 los nobles aragoneses, congregados en las Cortes de Alagón, representaban al rey D. Jaime II, lo mismo que los barceloneses a Pedro III en las de 1343, celebradas en Barcelona, los muchos daños que se originaban de la división de los bienes entre los hijos, por causa de las legítimas forzosas en la proporción en que las había fijado el Fuero Juzgo; algunas comarcas habían llevado el principio hasta un punto por todo extremo irracional; en Daroca, por ejemplo, según un fuero de 1142, la herencia paterna debía dividirse en partes iguales entre los hijos; en las comunidades de Teruel y Albarracín regía el sistema de legítimas del Fuero de Sepúlveda. Igual dualidad puede observarse en Navarra; como en Aragón, ni antes ni después de la invasión musulmana tuvo séquito en la zona de montañas la citada ley visigótica; en la parte llana, los villanos debían dividir sus bienes en partes iguales entre sus hijos, según el lib. III, título

XIX, cap. 2 del Fuero; entre los nobles, había echado las mismas profundas raíces que en Aragón aquella libertad antigua que hemos visto prescrita por el Código toledano y confirmada por el Fuero de Jaca; en la región de montañas se había perpetuado, como en el resto del Pirineo, la concentración, y por decirlo así, la vinculación de los bienes patrimoniales en cabeza de uno de los hijos; con lo cual halló cerrada la entrada el sistema de legítimas con que los Concilios habían restringido la testamentifación. Idéntica observación ha de hacerse por lo que respecta a Vizcaya.

De este doble sistema, ibérico y céltico, nació un tercero que participaba de los dos en diferente grado, en toda la vertiente española del Pirineo; el patrimonio hereditario continuaba vinculado en la familia; pero su gerente, su representante, su heredero, no era ya por precisión el primogénito, sino uno cualquiera de los hijos. Este nuevo principio se afirmaba y se desarrollaba de cuatro maneras diferentes, en las cuatro comarcas aludidas del Pirineo; prueba de que su desarrollo había sido espontáneo, original, no comunicado de una a otra. En la alta montaña de Cataluña casi se confundía, y en buena parte se confunde aún, con el orden antiguo de primogenitura; la costumbre tirana impone a los contrayentes, ya antes de celebrar las bodas, el compromiso de heredar al hijo mayor en las tres cuartas partes de la herencia que la ley les deja libre; en Aragón, se obligan en las capitulaciones matrimoniales a instituir en la universalidad de la herencia a aquel de los hijos o hijas que por sus condiciones fuese más conveniente para la familia, dotando a los demás según las facultades de la casa; el fuero de Navarra autoriza para heredar a unos hijos en más que a los otros, y para instituir a uno en la totalidad de los bienes hereditarios, dotando a los demás con lo necesario para constituir una vecindad; andando el tiempo, el principio liberal llegó al último grado de su desarrollo, y la costumbre primero, elevada más tarde a ley, reconoció a los testadores la facultad de disponer de todos sus bienes a favor de un solo hijo o de extraños, con sólo dejar a los demás hijos la insignificante legítima de cinco sueldos y una robada de tierra en monte del común; en Vizcaya, se limitó la libertad de testar al círculo de

los hijos; los padres pueden donar y heredar, así en vida como en muerte, a uno cualquiera de ellos la totalidad del patrimonio, señalando a los demás algún tanto de tierra, poco o mucho; pero los bienes, en ningún caso pueden salir de la familia.

Detengámonos ahora en la costumbre aragonesa. Tres cosas son de notar en ella:

1.ª Que se establece por pacto en las capitulaciones matrimoniales.

2.ª Que, a diferencia de lo que sucede en Cataluña, no se hace el llamamiento de heredero en favor del primogénito, sino del hijo o hija que, por sus condiciones personales y el estado de la casa, sea más conveniente elegir cuando llegue el caso. De hecho, lo común y ordinario es que se instituya heredero universal al hijo primogénito, pero no es condición ésta tan forzosa que trabe la voluntad de los padres instituyentes, como en Cataluña; porque en el estatuto doméstico o capítulos matrimoniales se reservan la facultad de nombrar «al hijo o hija que más lo merezca, o que parezca más apto para el gobierno y conservación de la casa», según prácticamente puede verse por las cláusulas que vamos a transcribir[45].

3.ª Que previene y hace imposible la sucesión legítima, mediante el Consejo de familia, instituido para el caso en que fallezcan los padres sin haber hecho el nombramiento de heredero. El derecho de instituir heredero por medio de tercera persona, y consiguientemente, por medio del Consejo de parientes, no se halla reconocido expresamente por el Fuero, nace de la observancia 16 *de fide instrumentorum*, según la cual, «todo lo que uno dispone por testamento debe ser observado, no siendo imposible o contrario al derecho natural o a las buenas costumbres»; y del fuero 1 *de equo vulnerato* y observ. 6 *de confessis*, según los cuales, rige, sobre toda costumbre y sobre todo fuero, la ley del contrato. El Tribunal Supremo y la Dirección general de los Registros han declarado la validez de esta aplicación del principio *standum est chartae* en la provincia de Huesca, o sea la costumbre de encargar en las capitulaciones matrimoniales el otorgamiento de testamento del cón-

yuge premuerto al cónyuge sobreviviente y a los parientes más cercanos[46].

He aquí ahora la cláusula general y de rúbrica en las capitulaciones matrimoniales: «Item es pacto entre dichas partes (los contrayentes y sus respectivas familias), que *un hijo o hija del presente matrimonio haya de ser y sea universal heredero de la referida casa y bienes de entrambos contrayentes, aquel o aquella que a sus padres juntos o al sobreviviente de ellos pareciese más a propósito para su conservación y perpetuidad;* cuyo nombramiento harán con los pactos que tuvieren por justos y convenientes respecto de los demás hijos y de dicha casa; y si muriesen ambos padres sin haber hecho tal nominación, la efectuarán con las mismas facultades *dos parientes consanguíneos los más cercanos de cada parte, y el alcalde* que es, o por tiempo será, de la presente villa, juntos o la mayor parte de ellos». Según se ve, los contrayentes se reservan, para cuando llegue el momento de la institución, facultades omnímodas, y las mismas se confieren al Consejo de familia, sin que las limite la más ligera traba: «los expresados parientes harán el nombramiento de heredero *con los pactos que tengan por conveniente»*. La costumbre ha acreditado la regla de que atiendan a las dotes de laboriosidad, honradez, salud e inteligencia de todos los hermanos, y elijan a aquel en quien se revelen mayores condiciones de aptitud para sostener el peso de la casa y fomentar sus intereses. Algunas veces, sin embargo, el Consejo de parientes encuentra en la misma capitulación matrimonial, al lado de su institución, el criterio que debe guiarle en el desempeño de su delicada misión: «Es pacto que un hijo o hija del presente matrimonio, *siendo apto en lo físico y en lo moral, y no desmereciéndolo por sus circunstancias,* haya de ser y sea universal heredero de dicha casa y herencia de N... en el estado en que entonces se hallare, aquel o aquella que a sus padres juntos o al sobreviviente de ellos pareciese bien elegir y nombrar, *con los pactos que tengan por conveniente para sí, los demás hijos y dicha casa;* y caso de fallecer ambos padres sin disponer, harán dicha elección y nombramiento de heredero, *con iguales facultades,* los parientes consanguíneos más cercanos, dos de cada parte, y el cura que entonces fuere de

este lugar de F., juntos todos o la mayor parte de ellos». Aparte de estas consideraciones de utilidad, han de tomar en cuenta otras que elevan a categoría de pena la desheredación; «nombrarán los dichos parientes al hijo que les pareciere más conveniente, *a no ser que se hubiere hecho acreedor a la desheredación por algún acto deshonroso a la familia*». Lo común y general es limitar la elegibilidad a los hijos del primer matrimonio; pero no son raros los casos en que los contrayentes sacuden esta traba, a menudo dañosa, y señalan más amplia base a la elección. A la cláusula en que se comprometen a instituir heredero universal a uno de los hijos o hijas del *presente* matrimonio, añaden: «Pero si el contrayente (el hijo de los instituyentes) enviudase y contrajese otro u otros matrimonios, podrá ser nombrado heredero de dicha casa y bienes (por el viudo, o, en su caso, por el consejo doméstico) el hijo o hija que parezca convenir más *entre los de ésta o de las demás uniones indistintamente*». «El sobreviviente de los dos cónyuges *no podrá desheredar a ningún hijo del presente matrimonio sin consentimiento del rector* (párroco) *del lugar, y de los parientes más cercanos, uno por cada parte*». «Si uno de los contrayentes enviudase, y pareciese bien a sus padres políticos que vuelva a contraer nuevo matrimonio, para otorgar las capitulaciones con el segundo marido han de ser llamados los cuatro mencionados varones parientes más ancianos, para que en los pactos que se otorguen aseguren los derechos de todos del modo más justo, y siempre sin perjuicio de que *la herencia ha de recaer en uno de los hijos del presente matrimonio, como se ha dicho, a no ser que los cuatro árbitros, y aun el cura párroco, conviniesen en que no habla hijo ni hija del presente matrimonio apto para el gobierno de la casa;* en cuyo caso establecerán lo que mejor les parezca». «Las personas a quienes quedan conferidas las dichas facultades, *no podrán nombrar heredero a ninguno de los hijos o hijas del segundo matrimonio en perjuicio de los del primero, sin que antes consulten* y obtengan la aprobación de los dichos Presidente y Canónigo Magistral de la expresada iglesia, y si éstos discordasen, podrán designar un tercero, quienes se informarán, por los parientes próximos, de las circunstancias de la casa y las de los hijos, así del primero como del segundo matrimonio, y en su vista, acor-

darán lo que les parezca más justo, útil y beneficioso para la conservación de la casa y bienestar de la familia, debiendo estarse precisamente a lo que resuelvan...»

Veamos ahora la cláusula en que se hace efectiva esa prescripción. Dos partes comprende el heredamiento en las capitulaciones matrimoniales; en la primera, los padres de uno de los contrayentes, o en su defecto el Consejo de familia, lo instituyen heredero universal de los bienes patrimoniales, y los padres del otro, o sus causahabientes, le ofrecen o hacen entrega de su dote; en la segunda, los contrayentes se obligan a seguir esa misma tradición, a proceder de igual manera cuando tengan hijos. Esta segunda parte es la que acabamos de examinar; en la primera, hay que distinguir dos casos, según el nombramiento lo hagan los padres o el Consejo de familia.

En el primer caso, los padres instituyentes se reservan el señorío mayor, usufructo y administración de todos los bienes que componen la herencia; de modo que la institución no causa todos sus efectos hasta el fallecimiento de aquéllos, y si el instituido fallece antes, la institución pierde todo su valor. Por esto, el Ministerio de Hacienda tiene resuelto que no devengan el impuesto de transmisión de bienes las instituciones de herederos en capitulaciones matrimoniales, hasta tanto que los instituyentes hayan fallecido (R. O. de 18 de mayo de 1860); si bien las oficinas liquidadoras de la provincia han autorizado lo contrario por una larga práctica. He aquí la cláusula corriente de nominación: «El contrayente F., para ayuda y contemplación del presente matrimonio, trae a él su persona y todos sus bienes en general; y en especial, sus padres N. y X. le instituyen y nombran *heredero universal de su casa y patrimonio llamado vulgarmente* T., *así como de todos los demás bienes, muebles y sitios, habidos y por haber;* pero entendiéndose esta institución para después de los días de los expresados instituyentes o donantes, pues para mientras vivan *se reservan el señorío mayor, usufructo libre e independiente administración* de los mencionados bienes donados; y además, que cuando fallezcan les sean celebrados el entierro, honores y demás sufragios según costumbre de la casa (*o* en la forma que se hizo con sus antecesores) y estilo antiguo de la parroquia...» De una capi-

tulación del siglo pasado (XVIII), transcribo la siguiente cláusula que declara extensamente los motivos de la elección fuera del primogénito: «Y en especial los dichos, sus padres, T.A.B. y A.M.L., en consideración al paternal afecto con que siempre le han mirado y estiman, por los buenos servicios que les ha hecho y hace en su edad adelantada, particularmente a su padre, que se halla impedido del brazo derecho, y que entre todos los hijos ha sido y es de quien vienen experimentando singular afición y la mejor asistencia para el trabajo, y más desde que el hijo mayor T. B. Bueno, del que esperaban algún descanso, tomó voluntariamente el partido de soldado hace algunos años; y atendiendo asimismo a su buena conducta, capacidad, desembarazo e inteligencia para la administración y manejo de la casa, deseando recompensarle en el mejor modo posible estos beneficios, le dan y mandan, y donación *propter nuptias* le hacen y otorgan de todos sus bienes muebles y sitios, habidos y por haber, de los cuales le instituyen y nombran heredero universal para después de sus días naturales, reservándose como se reservan el señorío mayor...» La fórmula antigua en el partido de Boltaña, usada aún alguna vez, reviste cierto carácter simbólico: *se reservan el ser señores mayores y repartidores del recau* (comestibles)». Entre las demás cláusulas figuran, en relación inmediata con la anterior, las dos siguientes: 1.ª «*El usufructo, o sea, los productos del patrimonio, se destinarán íntegros a la conservación y aumento de la casa*». 2.ª «*El heredero no podrá vender bienes raíces de ninguna clase sin consentimiento de los donantes o instituyentes, ni éstos sin el de aquél*». Menos frecuente es, y se comprende el motivo, esta otra cláusula que, en todo caso, se coloca detrás de las condiciones impuestas al heredero en favor de sus hermanos, y que en el siguiente capítulo detallaremos: «Ambos padres del contrayente (instituido heredero) se reservan la facultad de contraer segundas o ulteriores nupcias, sin consentimiento del heredero, si bien habrán de procurar que sea con persona de su clase y de más de 40 años de edad, e igualmente, asegurarán dotes y alimentos a los nuevos consortes y a los hijos que con ellos puedan haber».

Cuando es el Consejo de parientes, y no los padres, quienes hacen el llamamiento, la institución es pura y sin reservas, sal-

vo las relativas a la legítima de los hermanos, y a los derechos de las demás personas de la familia. El acta de nombramiento matrimonial del huérfano o huérfana o quien ha favorecido la elección. Unas veces se hace figurar en cabeza la institución, y a continuación se estampa la cláusula delegatoria de donde emana su poder; otras veces principia el notario transcribiendo de la capitulación de los difuntos padres esta misma cláusula, en que aquéllos confieren al Consejo de familia la facultad de instituir a uno de sus hijos heredero y sucesor universal en la totalidad de sus bienes; tras esto, hace constar el fallecimiento de los citados padres, y la presencia de las personas que componen el Consejo; y a seguida, dictan éstas la expresión de su voluntad soberana. Ejemplos: Los referidos F. y N., cónyuges, X y Z. cónyuges también, y José N., los primeros como más próximos parientes, y el último como viudo, dueño de la casa; *en virtud de las facultades conferidas por Francisca R. en la capitulación de su matrimonio con el José N., en cláusula que dice así:* «Item, es pacto que en el caso de morir alguno o ambos contrayentes sin testar ni disponer de sus bienes, lo hagan por el que así muriere dos parientes suyos con el sobreviviente, si lo hubiere, quienes podrán nombrar un heredero al difunto; en uso de dichas facultades, decíamos, y a causa de haber fallecido la Francisca R. sin disponer, los citados parientes instituyen heredera universal a la contrayente Josefa N. y R. de todos los bienes muebles, inmuebles, créditos, etc., con las condiciones siguientes...». «El futuro contrayente aporta a este matrimonio todos sus bienes en general, y además, sus mencionados tíos, como parientes más cercanos, hermanos los dos primeros de su difunto padre F., y el tercero de su difunta madre N., lo instituyen y nombran heredero universal, con las condiciones que se dirán, de todos los bienes, habidos y por haber, propios de los finados F. y N., *en virtud de las facultades que les fueron conferidas en la escritura de capitulación matrimonial otorgada por sus hermanos* en... antel el notario D..., cuya primera copia me exhiben, y *que entre otras cláusulas contiene una del tenor siguiente:* "Item, es pacto que un hijo o hija del presente matrimonio haya de ser universal heredero, etc."»

Además de la condición general del heredamiento que acabo de detallar, se imponen otras por razón de dotes y legítimas, cabales, reversión, casamiento en casa, etc., que se especificarán en los inmediatos capítulos. Pero hay una, no tan frecuente como esas, que tiene aquí su lugar propio por causa de su naturaleza y que entra de lleno en el espíritu que inspira e informa el derecho de familia aragonés. Es obligación del nombrado heredero, si no tuviere hijos, instituir a otros, a fin de que la hacienda no se desmedre por falta de brazos ni el apellido se extinga por falta de sucesor. En una casa donde hay siete hijos, se confiere a uno de ellos la jefatura y representación, constituyéndolo en dueño y heredero de ella: «También convinieron en que, si desde el día de hoy hasta cumplidos que sean 25 años, no tuviese hijos este matrimonio, o si habiéndolos tenido, hubiesen fallecido de menor edad, queda obligado el mismo matrimonio, con intervención de dichos dos parientes de cada parte, a nombrar nuevos herederos». Aunque esto se pacta rara vez, es práctica general, porque está en el interés de los mismos herederos (*capítulos* IV y X). En ocasiones, los instituyentes se reservan la facultad de designar un segundo heredero universal para el caso de que el primero no deje hijos. «En el caso de que falleciese el contrayente sin dejar hijos del matrimonio que ahora contrae, o de cualquier otro que en lo sucesivo pudiese contraer, o teniéndolos, falleciesen menores de 14 años, sólo podrá disponer libremente de 1.500 pesetas, pues de lo demás, los dichos instituyentes podrán instituir otro heredero, y caso de que hubiesen fallecido, lo harán en su nombre el que entonces sea heredero de la casa A., de la villa A., y el de la casa B., del pueblo de M...». «Que si el contrayente (heredero) muriese sin sucesión de éste u otro matrimonio, sólo podrá disponer de la tercera parte de la herencia, y lo mismo si tuviese sucesión pero finase antes de la edad de poder testar». Otras veces, dicen sencillamente: «Viviendo los instituyentes, no podrá sin su intervención nombrarse sucesor el ahora instituido heredero».

Hasta aquí nos hemos ocupado del heredamiento unipersonal, que es lo común; una sociedad conyugal única y un solo heredero. Pero se ofrecen casos de *un matrimonio entre dos*

herederos, que es lo que se designa, en el tecnicismo consuetudinario del país, con la frase «juntar dos casas»; y dos *matrimonios con un solo heredamiento,* cuando se instituye herederos universales a dos hijos, para que disfruten la herencia proindiviso y en comunidad. Supone esto nuevos pactos y capitulaciones cuyo pormenor dejo para más adelante.

Tal es el «heredamiento» altoaragonés. El primitivo derecho de primogenitura se ha perpetuado, en cierto grado, por la costumbre de elegir al *primogénito,* regla general en esta comarca, lo mismo que en Cataluña; que por esto, muy rara vez se solicita la intervención del párroco, alcalde o juez municipal para decidir el empate o discordia entre los parientes, cuando el Consejo es el llamado a efectuar el nombramiento. Y del derecho de primogenitura tal como lo particularizaron los iberos, ha conservado la costumbre altoaragonesa la facultad de elegir a uno de los hijos o *hijas.* Algunas veces se ha usado la fórmula «varón por varón», ha de ser preferido el del primer matrimonio, y lo mismo hembra por hembra, siendo en lo natural y moral lo que deben ser»; pero hoy, en igualdad de las demás circunstancias, la hija del primer matrimonio es preferida por la generalidad a los hijos varones del segundo matrimonio. Conservada por tradición esta patriarcal costumbren en la faja pirenaica de Aragón y Navarra, a ella hubieron de volver la vista los barones, mesnaderos e infanzones de la tierra llana, cuando en 1307 pedían que se les autorizase para instituir heredero universal al que quisieran de sus hijos, dejando a los demás lo que les pareciese de sus bienes (Cortes de Alagón: fuero de *testamentis nobilium, militum et infantionum, et hæredibus eorum instituendis);* y los procuradores de las ciudades, villas y lugares, cuando en 1311 pedían que se hiciera extensiva la misma facultad a todos los aragoneses, con excepción de Teruel y Albarracín, que se regían por fueros especiales (Cortes de Daroca: fuero *de testamentis civium et aliorum hominum Aragonum*). Por esa misma fecha nacía en Castilla, por ministerio de la ley, el sistema de las vinculaciones; en Aragón, según se ve, tomaba por instrumento la libertad, y era como una emanación del primitivo derecho de primogenitura, y como una *juris continuatio* de las costumbres antehistóricas de los iberos.

Expuesta la costumbre, no ha menester recomendación, que ella por sí misma se recomienda. Sus beneficios saltan a la vista, sin que sea necesario ponerlos de relieve. Heredamiento es en Cataluña; heredamiento es en Aragón; y, sin embargo, ¡qué enorme diferencia! Allá, un hijo, por la circunstancia puramente fortuita de haber nacido el primero, concentra en sus manos la sustancia entera de la familia, y sus hermanos, acaso con más méritos y mayores necesidades personales que él, solamente pueden reclamar entre todos la cuarta parte de la herencia paterna. En el Alto Aragón, la elección es libre, los bienes de la familia se vinculan en la persona del hijo que parece convenir más al bien de la familia, por su laboriosidad, por su inteligencia y por una conducta intachable; y sus hermanos reciben una legítima, no regulada de antemano según una proporción inflexible por la ley, sino determinada a su vez por la costumbre de cada pueblo y de cada familia, en virtud de la fórmula consuetudinaria *al haber y poder de la casa*, que en el siguiente capítulo analizaremos, y de la fórmula de fuero *quantum eis placuerit,* interpretada según el principio natural y foral de la equidad *(naturalis sensus).* Ya en la escritura matrimonial, los contrayentes, en Cataluña, transmiten todos sus bienes, con la sola excepción de las legítimas forzosas, para después de su muerte, al hijo o hija que primero naciere de aquella unión; faltando con esto al principio de la justicia sin servir al de la utilidad. Ningún derecho que se funde en el mero hecho del nacimiento, será nunca tal derecho ante la razón; y del lado de la razón se inclina siempre la conveniencia. En la costumbre catalana se reproducen, por idénticos motivos, los inconvenientes, tantas veces denunciados, de los mayorazgos y de las monarquías hereditarias; viene a la vida el primogénito en el momento más oportuno para ser recibido como una bendición de Dios, esperanza y regocijo de la familia; rodéasele de cuidados y de atenciones; crece sin tropezar con la menor contrariedad; encuentra dóciles y sumisos a sus caprichos a los mismos que debieran sujetar a dura disciplina su voluntad; llega a la edad de razón sin haber tenido que tomar parte en ninguna de esas secretas luchas por la existencia que constituyen la historia íntima, trágica y borrascosa a las veces, así de la vida individual como de la vida del hogar; y entonces,

sabe que hay para él un derecho de excepción, que es un privilegio de la fortuna, que su poder es superior al de sus hermanos, que no necesita como ellos discurrir, trabajar, poner en tortura su espíritu, hacer la vida una milicia perpetua y conquistarse un porvenir, que lo tenía ya hecho y asegurado por la suerte antes de venir al mundo; y la inmediata consecuencia de tan absurdo derecho, forzosamente ha de ser, y es, el desvanecimiento, la inaplicación, el abandono y la pereza, por parte suya, el desvío, la envidia, acaso rencores ocultos que un día salen a la superficie y dividen la familia y turban la paz del hogar, por parte de sus hermanos, que con merecer acaso más alcanzan menos. No hay nada que tanto amargue, que tanto irrite, como el ser víctima de una injusticia que no puede perseguirse porque la han preparado los propios padres y la ha sancionado y hecho poco menos que fatal el azar del nacimiento. Esto por lo que toca a los *merecimientos* de los hijos para aspirar a la jefatura, y a la *conveniencia* de la familia misma a cuya perpetuidad mira el heredamiento; pero queda todavía otro aspecto, más delicado si cabe, que nos ocupará en el siguiente capítulo, a saber, la diferente proporción en que hay que proveer a las *necesidades* de los hijos, por circunstancias ajenas casi siempre a la voluntad, y conforme a las cuales es imposible graduar las legítimas en el sistema catalán, porque la parte de libertad que deja la ley foral a la testamentifación, la renuncian imprudentemente los cónyuges el día en que podría ser más provechoso su ejercicio. El heredamiento del Alto Aragón reúne las ventajas del sistema, por decirlo asi, señorial de Cataluña y las del sistema igualitario y democrático de Castilla, sin los inconvenientes de uno ni de otro. Como el primero, y más que el primero, conserva vivo el tesoro de las tradiciones de la familia; perenne y en pie, bajo un mismo apellido, al amparo de unos mismos penates, el solar paterno, foco inextinguible de afecciones domésticas, donde se reenciende el amor fraternal así como el apartamiento y los años lo van debilitando, centro de atracción donde convergen y puerto de refugio a donde se amparan sus miembros, dispersos por el mundo, el día que la adversidad o el cansancio y los combates de la vida les hacen volver la vista al lugar donde corrieron los primeros años de su vida. Como el segundo, y mejor que el se-

gundo, puede apremiar el padre las virtudes sobresalientes de tal hijo, proveer a las necesidades extraordinarias de tal otro, nacidas de un estado anormal de espíritu o de cuerpo, o tal vez por un suceso adverso, y en todo caso, hacerlos a todos iguales, no con esa igualdad abstracta, matemática, que la ley establece *a priori,* sino con aquella otra igualdad práctica, viva, que nace de combinar entre sí una multiplicidad de elementos, determinables sólo en cada caso. A causa de esto, el heredamiento, más bien es honor que fortuna; y ya veremos cómo, las veces, más provecho lleva con la legítima consuetudinaria el no heredado que el que lo es. Por otra parte, nadie tiene asegurada la preferencia para el heredamiento por el hecho puramente de nacer; y esta incertidumbre provoca una emulación saludable, bien distante de la forzada resignación de los segundo génitos de Cataluña, y que no deja de influir favorablemente en la vida interior del hogar. Aquella preferencia la van determinando los actos, las aficiones y el destino de cada uno, y hasta las vicisitudes por que atraviesa la familia; y llega un momento en que hasta el pueblo, cuyo vago rumor influye más de lo que ordinariamente se piensa en la suerte de las familias, señala aquél de los hermanos que reúne mayor suma de aptitudes y de condiciones para ese cargo de honor y de responsabilidad, anticipándose de tal manera a la elección que en su día harán los padres o el Consejo de familia.

Y he aquí otro aspecto de la costumbre altoaragonesa, que la enaltece más y más. Llamando a la sucesión universal el heredamiento catalán al primogénito, se consigue que en ningún caso quede incierta esa sucesión, y se previenen los juicios de abintestato y la división del patrimonio. Pero el heredamiento altoaragonés no podía producir iguales resultados, porque no determina en concreto, y con relación al orden a la serie de los nacimientos, la persona en quien ha de recaer la herencia; de modo que si falleciesen los padres sin testar, el pacto genérico de sus capitulaciones llamando a unos de los hijos no impediría el intestado. Han obviado esta dificultad por medio del Consejo de familia. Dos causas, principalmente, contribuyen a que en el Alto Aragón sean tan temidos los intestados: 1.ª, la instintiva aversión que se siente en este país

hacia la justicia oficial, aversión no siempre por desgracia injustificada, más por culpa del procedimiento que de los funcionarios del orden judicial; 2.ª, la división de los patrimonios que las sucesiones legítimas traen consigo, en Aragón lo mismo que en Castilla. Siendo por lo general poco considerables las fortunas en esta montañosa región, dividirlas, desmembrarlas, sobre todo cuando son muchos los hermanos, es perderlas; ponerlas en manos de la curia, es perderlas dos veces. El sentido práctico de los altoaragoneses debía hacerles buscar con afán el medio de huir uno y otro peligro, y hallaron uno perfecto en la tradición: el Heredamiento y el Consejo de familia. En previsión de que los padres fallezcan antes de que hayan podido revelarse las cualidades de los hijos lo bastante para poder acertar en la designación de heredero y de sustituto, instituyen para esa eventualidad un Consejo de parientes, y delegan en el cuantas facultades y atribuciones les competirían a ellos en su caso. Sobre esta cláusula descansan seguros de que no morirán intestados, que «la *justicia* no les entrará la casa», y que su herencia no se partirá en fracciones, sino que se transmitirá indivisa a sus descendientes, en la misma forma que la recibieron de sus mayores.

Una observación acerca de los intestados.

Atendida la autoridad que, por el fuero *de iis quæ Dominus Rex* y por el *Privilegio general,* gozan en Aragón las costumbres locales, las cuales, según doctrina universalmente recibida, derogan el fuero cuando son inmemoriales; siendo inmemorial la de que estamos tratando (Heredamiento, y aplicación a él del Consejo de familia), y además notoria, por ser facilísimo al juez cerciorarse de su existencia por la inspección de instrumentos, en cumplimiento de lo que previene la observancia *de probationibus,* parecerá maravilla que nunca se haya intentado hacer oposición a la práctica corriente, fundada en varios fueros, de distribuir en partes iguales entre los hijos los bienes del que fallece sin haber dispuesto de ellos en capitulación matrimonial o en testamento. La sucesión intestada se rige por una presunción: supone que el fallecido quiso someterse a la regla común y general en su país, al no hacer uso de su libertad derogándola por otra propia e individual; pero en el

Alto Aragón esa regla común no es la del fuero, que ha caído en desuso, si es que estuvo alguna vez en observancia, sino la del heredamiento que acabamos de definir, individualizado en cada caso por el Consejo de familia. A que no sea invocada esta regla consuetudinaria en los pocos casos de intestado que ocurren, contribuyen dos causas, a mi juicio: el interés directo, inmediato, de los hermanos y sobrinos, que se aviene mejor con la práctica de fuero, por ignorarse en quién de ellos recaería la elección si el Consejo de parientes fuera llamado a hacerlo, y el escaso predicamento en que está, y el lugar humildísimo que se concede, si es que se le concede alguno, al Derecho consuetudinario en nuestras escuelas y en nuestros tribunales.

Por desgracia, no todo son glorias y bienandanzas en la práctica del heredamiento. El cuadro tiene su reverso. Vengamos al caso de discordia y de separación de instituyentes e instituidos.

Según vimos, el Consejo de familia se ha desarrollado considerablemente, y ha venido a ser una de las ruedas más esenciales en esa institución tan compleja del heredamiento; pero, desgraciadamente, no ha recibido igual aplicación en concepto de consejo o tribunal de amigables componedores y árbitros para conciliar o partir las diferencias que, con el transcurso de los años, se promueven a veces entre los padres (señores mayores) y el hijo instituido por ellos heredero.

Sabemos ya que la institución de heredero se halla sujeta a dos condiciones que la limitan: Primera, únicamente causa sus efectos después de la muerte de los instituyentes[47], toda vez que éstos se reservan «el señorío mayor, usufructo y administración» para durante sus días, distinguiéndose entre simple *administración* (según la cual, han de dar conocimiento al heredero de todas las operaciones de la casa, recolección y venta de granos, caldos, ganado, etc., y consultarle acerca de ellas), y *libre administración* (en cuyo caso, quedan libres y exentos de participar al heredero nada de cuanto hagan). Segunda, que el instituido ha de vivir en compañía de los instituyentes, obedecerles, respetarles, asistirles, etc. Esto no obstante, por razones obvias, semejantes disposiciones vienen a ser casi siempre

letra muerta; dándose con frecuencia el caso de que los padres, o sea los instituyentes, queden en una posición subordinada y hasta de dependencia. Debilitadas con los años sus facultades intelectuales, y aun las fuerzas del cuerpo, no tarda en huir de sus manos la administración y pasar entera a manos de los jóvenes herederos; y desde este momento, la suerte de aquéllos depende de las genialidades o del carácter moral de éstos y del respeto que por el suyo logren ellos infundirles. Se da más de una vez el caso de que pierdan toda consideración en la casa de que, según la ley y la charta, son dueños y señores, que se les niegue hasta lo necesario, que sean tenidos como inútil y pesada carga, y sufran desdenes, privaciones, y tal vez ofensas graves que amargan los últimos años de su vida, sobre todo si la casa se ha desmedrado y vive agonizante entre los ahogos de la hipoteca, las inclemencias del cielo y los crueles rigores de la suerte. Cierto es que, a menudo, a la cláusula de institución de heredero se impone como condición, según queda dicho, *que han de respetar y obedecer a los instituyentes;* pero aun esto resulta ineficaz, porque si no logran avenirse en un acto de conciliación, a cuya celebración rara vez se deciden los padres, prefieren resignarse, por temor de ver disipado su patrimonio entre las fojas de unos autos interminables; y ni un solo caso se cita de que hayan invocado la protección de los tribunales para recuperar la administración y el usufructo que han dejado escapar de sus manos, y obtener una separación temporal, que sería beneficiosa a las dos partes. Es un borrón que desluce el cuadro de las costumbres patriarcales del Pirineo; y los notarios podrían impedir en buena parte su reproducción, si utilizaran la legítima influencia que ejercen en el ánimo de los otorgantes, generalizando la institución del Consejo en el sentido que queda indicado.

Eco y reflejo de ese mal es un refrán que he oído en el partido de Jaca: «El padre que cede sus bienes antes de su muerte, merece le den por ello con un mazo en la frente». A pesar del refrán, la institución es una necesidad; pero al hacerla, los padres avisados y precavidos ocurren a las contingencias del porvenir, asegurando su señorío y libre administración, o poniendo, cuando menos, su subsistencia y el sosiego de su vejez

a cubierto de las voluntariedades del heredero, con alguna cláusula en la escritura de institución por el tenor de éstas: «Se reserva la dicha Doña... (la instituyente, viuda) el señorío mayor y usufructo libre, etc.; y además, que, *caso de no poder vivir en compañía de los instituidos, por culpa de éstos, hayan de darle todos los años, para su sustento, 200 escudos en dinero efectivo...». «En el caso de que los concesionarios* (instituyentes) *no pudiesen vivir juntos con los contrayentes, por la diversidad de genios o por cualquier otro motivo justo, se dividirán los bienes a partes iguales,* y cada cual podrá usufructuar (o disponer libremente de) los que le correspondan».

Es lo que se practica también algunas veces cuando nada se ha establecido sobre el particular. «*Si los donantes* (instituyentes) *no pudieren vivir en compañía de los contrayentes* (herederos), *les deberán dar los alimentos necesarios, según su calidad y estado,* en el lugar donde quisieren vivir; a cuyo efecto, conocerán del hecho el heredero que es y por tiempo será de la casa de A., en el pueblo de B., el heredero que es y por tiempo será de la casa de R., en el pueblo de N., el heredero que es y por tiempo será de la casa de C., en el pueblo de D., y el cura que es y por tiempo será del lugar de M.; y lo que éstos decidan y dispongan será ley, que acatarán así los donantes como los herederos...». «Fue pacto que, si por la diversidad de genios, fuese precisa una separación, que no esperan, *salgan de la casa los contrayentes* (herederos), *llevando el uno la tercera parte de la herencia y el otro la dote que aporta,* siendo esta separación tan sólo hasta la muerte de los instituyentes». «*El instituyente se reserva el derecho de poder hipotecar, permutar o vender el campo de la partida Faja del Llano,* señalado en esta escritura con el número 1.°, sin necesidad de la intervención de los demás otorgantes; pero esto, en el caso poco probable de que los herederos nombrados le llegaran a dar mal trato en sus alimentos, o le faltaran al respeto, quedando la justificación de estos extremos al arbitrio de tres personas que entonces nombrarán, vecinos de este pueblo de Sarvisé, que más intimidad tengan con la familia...»

Las escrituras de institución y capitulaciones matrimoniales en que figuran tales cláusulas, son muy contadas. La razón de

que no se hayan generalizado estas garantías y cautelas —aparte de la natural imprevisión de los interesados, y la rutina y falta de interés de los notarios— es muy obvia: paréceles mal a los padres dudar de la adhesión y cariño del hijo predilecto, el día mismo en que más motivo le dan de agradecimiento cediéndole todos sus bienes; y la prueba de que es éste, y no otro, el motivo de su imprevisión y de su abandono, nos la dan los protocolos mismos, ya que cuando no se trata de hijos heredados, sino de extraños o deudos *acogidos*, o adoptados, no se olvidan nunca los otorgantes de instituir un Consejo para que, en el caso de no poder congeniar los asociados, adopte, previa audiencia de las dos partes, las resoluciones que estime más justas y convenientes a la paz y al bienestar de unos y de otros. Y sin embargo, la experiencia de todos los días nos enseña que obrarían muy cuerdamente no fiando el porvenir por el presente, haciendo condicional el heredamiento, reservándose la facultad de apartar de su lado al hijo desnaturalizado, o dejándose abierta la puerta para una retirada honrosa y en condiciones no desfavorables.

Volviendo al caso de los padres previsores que dejan dispuesta la retirada con cláusulas como las transcritas, es de advertir que muy raras veces se atiende al origen de la culpabilidad; cuando se hace así, estatuyen que, si la separación es por culpa de los padres, llevarán los hijos, al separarse, la dote aportada por el cónyuge forastero y las ropas de su uso; y si por culpa de los instituidos, no sacarán cosa alguna. Semejante distinción coloca en muy apurada situación al Consejo de parientes, que ha de decidir de parte de quién está la falta. En el distrito notarial de Ayerbe gozaba últimamente de algún favor esta fórmula, gracias al carácter severo del malogrado notario D. Plácido M. Laguarta, que se esforzó toda su vida por generalizarla, campeón entusiasta y decidido del principio de autoridad en la familia. Opónense a ello, principalmente, los padres de la novia que va a establecerse en casa ajena con un heredero, y aun el heredero mismo, cuando peca de vidrioso e irritable en demasía el carácter de los instituyentes, señores mayores. Últimamente, algunas veces se remite todo al arbitrio del Consejo de familia.

Estas separaciones son contadísimas; contribuyen a ello los buenos oficios de los parientes, y lo pobre y escaso de los patrimonios, que obliga a mantenerlos indivisos; los dos únicos casos de que he podido tener noticia, pertenecen a la población más crecida de la montaña, donde la propiedad está más concentrada y hay algún movimiento de jornalería. El contrato de renuncia y desheredamiento dice, en uno de esos casos, lo siguiente: «Y por cuanto *por disensiones domésticas que han ocurrido, no puedan vivir con aquella paz y armonía tan propias entre padres e hijos, según lo tenían pactado,* han consultado el punto con el letrado D. J. A., y conformándose con su parecer, han determinado separarse bajo las bases que les ha propuesto, formalizando a este intento la conveniente escritura... y en su virtud, habiendo intervenido dos personas inteligentes en la partición de bienes convenida, el D. C. (señor mayor) les ha entregado la tercera parte de los bienes sitios, muebles y semovientes de la casa, que han recibido a su satisfacción el citado J. C. y su mujer..., sin perjuicio de que si cambiasen las actuales circunstancias, pueda también variarse el señalamiento... No podrá venderse, empeñarse ni enajenarse ninguna finca si el D. C. y J. C. no otorgan la escritura con sus respectivas esposas, a quienes corresponde el usufructo foral de Aragón, pues no estando todos acordes en la enajenación, aun cuando haya necesidad tendrá que acudirse a la justicia. En virtud de esta separación, el D. C. se queda con las otras dos terceras partes de los bienes sitios, muebles y semovientes, para atender a las obligaciones que tiene consigo mismo, con su esposa, con su hija de segundo matrimonio y con el hijastro o entenado P...». Años después, han otorgado escritura de separación absoluta, dividiéndose los bienes en proporción de dos y de tres quintos, para diponer de ellos en pleno dominio: «Ambas partes, con las fincas que respectivamente se ceden y adjudican, transigen sus diferencias, y renuncian la una en favor de la otra y viceversa todo derecho, dejando rescindidas y anuladas las obligaciones y acciones que mutuamente tenían por las mencionadas escrituras».

He aquí el otro caso: «Que *no pudiendo congeniar ambos matrimonios, han convenido, de común acuerdo, separarse* bajo

ciertas bases que quieren escriturar, reformando, por consiguiente, la precalendada capitulación matrimonial *(de los herederos);* y llevándolo a efecto... otorgan lo siguiente: Los citados cónyuges P. H. y B. H. se separan desde este día de la casa y compañía de sus padres R. H. y J. M., y estos se obligan a entregarles en el de mañana 40 duros en metálico, 4 fanegas de harina, 4 de judías, 4 de panizo, pieza y media de tocino, 10 arrobas de patatas, 2 sábanas, 4 servilletas, 4 platos, un caldero, una azada, un azadón, una azadeta, una sartén y una pollina de un año. Además, se obligan a entregarles 15 duros en metálico el día de San Andrés, y les ceden, por este año tan sólo, el usufructo de la mitad de un huerto que poseen en los términos de esta ciudad y partida del G., de 7 almudes de judías de sembradura... y también les ceden las patatas que tienen sembradas en un campo de J. G. llamado la M.; con todo lo cual, entregado que sea, los referidos P. H. y B. H. se dan por contentos y satisfechos de todos sus derechos en todos conceptos a la casa y bienes de R. H. y J. M., tanto por razón de dotes como por legítimas y que por cualquier otro motivo les corresponda y pueda atribuirles la citada capitulación matrimonial, *haciendo expresa y formal renuncia de la institución de heredero que en favor del P. H. otorgaron en ella sus padres R. y J.; de manera que éstos podrán ahora disponer o hacer heredero a quien tengan por conveniente...»*

Apéndice a este capítulo

Doce años después de publicado lo que antecede, residí largo tiempo en Graus, punto de encuentro de dos de los valles pirenaicos donde el Derecho consuetudinario descrito en este primer ensayo de recopilación es de general observancia —el valle del Ésera y el valle del Isábena—, y desfilaron en consulta por mi despacho infinitos casos que me representaban el heredamiento en acción, con todas sus ventajas y con todos sus inconvenientes. Entre estos últimos, me preocupó más que ningún otro el conflicto que se produce algunas veces por el hecho de ausentarse de la casa el matrimonio heredado[48], privando de sus brazos y de su auxilio a los ancianos instituyentes o donantes, después de haberse despojado éstos, me-

diante la donación o heredamiento otorgado a favor de aquéllos, del derecho de hipotecar y de vender. Este aspecto de la costumbre me había escapado al recorrer la montaña en 1877 y 1878, acaso porque no se había acentuado aún el movimiento de disgregación de que tales hechos son un revelador.

Sentía el país la necesidad de un medio práctico (que es decir extrajudicial) para desatar esos nudos; y en busca de él dirigí la siguiente consulta a los más conspicuos letrados de Zaragoza, señores D. Luis Franco, D. Joaquín Gil y Berges, D. Marcelino Isábal, D. Joaquín Martón y D. Mariano Ripollés (*La Derecha*, diario de Zaragoza, 19, 20 y 21 de julio de 1892).

I

Antecedentes

En el encuentro patriarcal del Pirineo con las condiciones y exigencias de la vida moderna, se está produciendo un conflicto que reviste, por su frecuencia y por su gravedad, todos los caracteres de una cuestión social.

Se trata de la revocación de los heredamientos o donaciones universales hechas por los padres a un hijo en acto bilateral, cuando el donatario o heredero abandona la casa de los instituyentes o donantes, dejándola en trance de perecer. Los términos del problema son del siguiente tenor.

Es sabido que en toda la zona de montañas, y no sólo de la provincia de Huesca, sino que también de las inmediatas, Lérida, Zaragoza y Pamplona, lo mismo que en la parte llana que le es adyacente, o sea en los somontanos, los padres nombran heredero universal a uno solo de los hijos, haciéndole donación de todos sus bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros, e imponiéndole la obligación de dotar a sus hermanos con una cantidad en metálico proporcionada a lo que la casa puede dar según su «haber y poder», y dividida en muchos plazos para que pueda satisfacerse con los productos del patrimonio, sin desprenderse de bienes raíces. Sábese también que esa donación universal no la hacen los padres para después de sus dias, en acto unilateral, que sería revocable por ellos solos, sino por vía

de contrato, en escritura de capitulaciones matrimoniales, que constituye ya ley para los donantes, independiente de su voluntad.

La razón de que se haga así y de que no pueda hacerse de otro modo es —aparte la fuerza conservadora de la tradición— la extremada pobreza del país. Las haciendas son de corta extensión; si hubieran de repartirse entre los hijos del hacendado, no les tocaría porción suficiente para que pudiesen vivir, y en vez de emigrar todos menos uno, como ahora, emigrarían todos, y el Pirineo se despoblaría. Es preciso, pues, mantener indiviso el patrimonio en cabeza de un solo propietario. Por otra parte, como la tierra de montaña rinde producto tan escaso, no puede cultivarse con jornaleros; tiene que cultivársela —excepciones a un lado— el mismo dueño, que hace más obra con menos gasto, contentándose con la comida y comiendo de lo que hay. Pero es el caso que el dueño envejece y no puede poner en la tierra la suma de energías y de cuidados que requiere como necesaria condición para producir: en sus manos, los campos se enyerman y abarrancan; las viñas, no renovadas, se desmedran y mueren; los pastos se hacen de común, no se estercola lo preciso, se siembra fuera de sazón, quedan sin pagar las contribuciones, y el agente ejecutivo, este gran vampiro, degeneración del antiguo brigante, comienza su oficio de disolvente de familias y de patrimonios. No hay más remedio que procurarse sangre nueva, so pena de abandonar el patrimonio y morir de hambre. El propietario ha de asociar a su empresa a uno de sus hijos; ya queda dicho que a todos no puede ser, porque cada uno supone un hogar nuevo, y el patrimonio, si puede ocupar y sostener una familia, no así tantas como hijos. Y aquí la dificultad. Ninguno de esos hijos, y menos aún la que haya de ser su mujer, se resignan a tomar sobre sí tan pesada carga como la de sostener una casa, en lo general apurada, con más bocas que brazos y más deudas que capital flotante, si no tuviese la certeza de que esa hacienda había de ser suya en algún día; si quedara en pie la posibilidad de que el anciano dueño, efecto de la chochez, o inducido por consejo torpe, o vencido al enojo de un minuto, legara los bienes al hijo bohemio o pródigo que abandonó temprano la casa y

trabajó para sí o no trabajó de ningún modo, desheredando de hecho al que le había sacrificado su juventud y servídole de sostén toda su vida. Tal es la razón de que los padres hagan ya en vida donación universal de sus bienes a uno de los hijos; el padre retiene el carácter de usufructuario, si bien *ad honorem*, pues contrae la obligación de invertir el producto íntegro del patrimonio en sustento de todos, donantes, donatario, mujer de éste e hijos de unos y de otros, y si sobrase, en aumento de la casa. Por el contrato de heredamiento o donación universal, diríamos que se constituye, teóricamente al menos, una sociedad comanditaria entre el padre, el hijo y la nuera, en la cual pone el primero la tierra, el segundo los brazos y la mujer de éste el capital metálico, en que consiste la dote[49]; el padre da al hijo los inmuebles que posee, para que éste se los haga producir y tengan así los dos matrimonios y sus respectivas proles con qué vivir; el hijo consagra su actividad al padre, le sirve a modo de jornalero gratuito, mediante la seguridad que tiene de que aquellos bienes no serán ya de nadie, sino suyos, y más bien de que lo son ya, faltando sólo que se le incorpore el ejercicio del cargo de administrador y usufructuario, o sea el «señorío mayor», por fallecimiento del donante; y no digo que se le incorpore el usufructo, porque éste ya queda dicho que está vinculado a su sustento como al de los demás asociados.

El sistema de razones que antecede se halla indicado por palabras expresas en algunas capitulaciones matrimoniales, tales como estas: «Es pacto que un hijo o hija del presente matrimonio haya de ser y sea heredero universal de los bienes de entrambos contrayentes, aquel o aquella que a sus padres juntos o al sobreviviente de ellos, y por muerte de ambos, a los dos parientes consanguíneos más cercanos, uno de cada parte, con el alcalde del distrito, parezca más útil para la conservación y perpetuidad de la casa». «Item (dice otra) los expresados cónyuges donantes F. y M., en consideración a los buenos servicios que su hijo N. les ha prestado, cuidando de ellos en su edad avanzada, y particularmente ayudando a su padre, impedido del brazo derecho, y a que es entre todos los hijos de quien vienen experimentando mayor afición y asistencia, y más desde que el hijo mayor X., de quien esperaban algún descan-

so, se enganchó voluntariamente en el ejército, y atendiendo además a su buena conducta y a su capacidad y desembarazo para la administración y manejo de la casa, le dan y mandan y donación *propter nuptias* le hacen de todos sus bienes muebles y sitios, habidos y por haber, de los cuales le instituyen heredero universal para después de sus días, reservándose, como se reservan, el señorío mayor, etc.». Es la misma razón que ha creado la institución del *casamiento en casa,* para reparar las quiebras del *heredamiento.* «Y dicen: que estando la casa y bienes de los otorgantes *(los que donaron sus bienes a un hijo, que luego ha fallecido casado y con sucesión)* completamente desatendidos por la carencia de brazos, puesto que el dicente es ya septuagenario y sus nietos *(hijos del donatario o heredero difunto)* de muy corta edad, han juzgado conveniente, en uso de las facultades que se reservaron en la calendada escritura de capitulaciones, permitir casamiento a dicha M. *(la nuera, viuda del hijo donatario o heredero)* sobre la herencia, con su cuñado P., que sobre ser muy laborioso y apto para estar al frente de la casa, merece las simpatías de la referida M...»

He dicho que sin la virtud de esta institución del heredamiento, y precisamente ordenado en la forma que dejo explicada, sería imposible vivir en el Pirineo. Pero miremos al reverso de ella, en la práctica, y observaremos que con esa institución, por efecto de su propia naturaleza, es imposible vivir en el Pirineo. O lo que es igual: la región de montañas está condenada fatalmente a despoblarse, y lo prueba a posteriori el hecho de estarse ya a la hora presente despoblando. El heredamiento universal supone comunidad de vida entre dos personas de edad, en quienes radica el señorío y gerencia de la casa (*señores mayores, administradores y usufructuarios,* según expresión de las escrituras de heredamiento), y dos personas jóvenes, señores también (*los amos jóvenes* en el uso común del lenguaje), pero sometidos por la ley del contrato a la dirección y obediencia de los primeros; dos ancianos que consumen, en términos de economía, más de lo que producen y que se pasan el día gruñendo y querellándose, ponderando la abundancia en que nadaba la casa allá en sus tiempos, y abominando de la generación actual, inepta, presuntuosa, derrochadora, indisci-

plinada y sin temor de Dios, con dos jóvenes, uno de ellos yerno o nuera, a cuyas manos se ha venido por ley natural, buscando su centro y su nivel, el poco apetecible «señorío y administración», presa de cavilaciones a la continua, en lucha con todo género de dificultades económicas y sociales, la pérdida de las cosechas, debida al exceso y a la falta de lluvias alternadamente, a las inundaciones, al mildiu, a la epizootia, al granizo, a la langosta; los incesantes pregones y conminatorias del Fisco, cada vez más desatentado y expoliador; las estafas y exacciones ilegales de recaudadores, agentes, secretarios de juzgado y de ayuntamiento, procuradorcillos, corredores de quintas, habilitados, inspectores del timbre y de la contribución industrial, inmunda lepra que mantiene ulcerado desde la cabeza a los pies todo el cuerpo social; las misas y aniversarios de los antepasados, a quienes tiene que redimir con su sudor y con su sangre de la cautividad del Purgatorio; las dotes y legítimas prometidas a tías, tíos, hermanas y hermanos que se colocaron o se van colocando, a cambio de que renuncien sus derechos a la casa, y las dotes o legítimas que se percibieron treinta o cincuenta años antes y que hay que restituir por derecho de reversión; la depreciación o la falta de salida de los frutos sobrantes, consecuencia legítima de la impía guerra de tarifas; las cuentas de tenderos, menestrales y comerciantes, cada vez más largas, por olvido de la antigua economía casera y la generalización de un lujo, aunque modesto, desproporcionado con los ingresos, efecto inevitable de muy complejas causas; agréguese a los dos matrimonios el rebaño de los segundones, hermanos del donante, que no salieron a crear familia, quedándose de por vida en la casa natal de sus sobrinos, hermanos del heredero o donatario, que tienen derecho a alimentos y obligación de trabajar para la casa, y de los sobrinos de estos, hijos del heredero, que van viniendo; con que se forma un tejido enmarañado y revuelto de vínculos, edades y sexos de humores contrapuestos, de rivaldades sordas, de intereses encontrados, de simpatías, antipatías y celos, tanto más activos y enérgicos, cuanto que se ejercitan sobre sangres afines y a quienes está vedada en absoluto o casi en absoluto la libertad de disociarse. En tal ambiente, la guerra civil se impone como estado normal, o no habría lógica en el mundo. Podrá quizá no trascen-

der al público en mucho tiempo; podrá no estallar, en fuerza de virtud o de cálculo de los beligerantes, que la repriman dentro de su pecho; pero entonces, justamente, es cuando causa mayores estragos, semejante a fuego escondido que prendió en una hacina de combustible sin respiradero; miembros de una misma familia, moradores de una misma casa, se niegan el saludo al cruzarse en la escalera o sentarse a la mesa; se dan avisos u órdenes por embajador; reina un silencio de muerte, interrumpido por monosílabos airados o respuestas desabridas, que ya en la inflexión de la voz muestran un dejo de amenaza; tal vez el triste anciano, en los largos insomnios del invierno, no cesa de atormentarse a sí propio pensando que a dos pasos de allí se están haciendo secretos votos porque muera pronto; la hija heredera llorando lágrimas tanto más amargas, cuanto más impotentes para aliviar la pena de su madre, desvalida y enferma, privada de lo más preciso, afligida a desaires, y tal vez a injurias o a golpes, por el propio yerno; el yerno, cercado, acosado de la nube de enemigos que el Estado dispara y azuza contra él, como contra todos los que ganan el pan con el sudor de su rostro, presa de desmayos y de congojas, viendo arrebatados en un minuto, por un cierzo o una nube, los afanes de un año, rendido a la pesadumbre de una multitud de niños que aun no le pueden ayudar y de ancianos que no le pueden ayudar ya y que tal vez, por el contrario, le hacen más amarga la vida con sus reproches, con sus impertinencias y con sus achaques... Sería preciso, para que no sucediese así, tanta mansedumbre y resignación de parte de unos, tanta compasión y caridad de parte de otros, tanta abnegación, tanto altruismo, tanto desprendimiento de la propia personalidad y desprecio de lo presente por parte de todos, como no es permitido esperarlo de una humanidad sumida aún en los groseros egoísmos de la infancia, apegada a la vida y al tiempo como a tesoro perdurable, ni más ni menos que el último de los organismos animales, sin un átomo de idealidad que no sea de fantasía, y en quien la certeza de la muerte, siempre en amargo para la honra inmediata, no es parte a moderar un punto los ciegos impulsos de la codicia, de la vanagloria y del culto idolátrico de sí propio, única religión viva que hasta hoy ha profesado la humanidad,

ni influya poco ni mucho en la conducta del individuo para con los demás y para consigo mismo.

El hecho es tan fatal, reviste tales caracteres de generalidad, y basta para preverlo tan corta dosis de previsión, que asombra el que sean tan contados los casos en que los otorgantes salen al encuentro de aquella eventualidad con una cláusula por el siguiente tenor, que copio, como todas, de una escritura: «Si los donantes o instituyentes no congeniasen con los contrayentes *(el donatario, o donataria, y su consorte)*, y por esa o por otra causa igualmente justa tuvieran que separarse, se dividirán los bienes, etc.», *o* «tendrán que satisfacer los segundos a los primeros tantas pesetas de pensión, etc.». Por mal entendidos respetos, donatarios y donantes ligan sus voluntades en tal manera, que ya no puedan desatarse a no consentir juntos, figurándose incautos que serán eternos el acuerdo, la armonía, el afectuoso cariño y la sumisión del día de la boda. Buena parte de culpa alcanza en esto a los notarios, que todavía no se han penetrado de su misión como órganos vivos del derecho y siguen siendo lo que eran antes de que se escribiese el art. 1.° de la Instrucción de 9 de noviembre de 1874; fonógrafos con arancel, atentos a salir del paso, esto es, a devengar honorarios, en el menor número de minutos posible, recluyendo la calidad de la función a un último término, si tal vez no a ninguno, sin que les mueva una vez a compasión aquella pobre gente, tan necesitada de ese grano de protección, o dígase de tutela, que representa una escritura de heredamiento bien aderezada. Con muy poco trabajo, casi con ninguno, podrían ser jurisconsultos a la romana, intérpretes y legisladores del Derecho consuetudinario y promovedores de su desenvolvimiento y adelanto, con más influjo real que los poderes que promulgan Códigos civiles en la *Gaceta;* podrían dar pauta a las familias y afianzar en ellas la paz, en cuanto esto depende del derecho, haciendo de esas escrituras de heredamiento o donación universal como otras tantas pólizas de seguro contra disensiones y contra pleitos, verdaderas Constituciones civiles, harto más importantes que la Constitución política de la monarquía; podrían ser todo eso, y prefieren ser unos memorialistas «brevetés» para quienes la fe pública es poco más que

un instrumento industrial. Uno hubo que principió a generalizar la cláusula siguiente, redactada por mi para casos particulares: «*Si donantes y donatarios no pudiesen congeniar, y* a aquéllos no les conviniera separarse de la casa llevándose solamente las fincas cuyo pleno dominio se reservan en la cláusula anterior, *tendrán derecho todos, sea por acuerdo común, sea por voluntad de uno solo, o de dos, o más, a requerir el juicio de tres amigables componedores, que lo serán (caso de que no se pongan entonces de acuerdo para designar otros) el alcalde, el juez municipal y el prior de Graus, o si alguno de éstos se negare o fuere recusado por causa legítima, el segundo alcalde, el juez suplente y el vicario, por este orden, para completar el número de tres; cuyos amigables componedores, oyendo a las partes que buenamente quieran comparecer, y examinando testigos y asesorándose de los parientes, si lo vieren conveniente, decidirán la parte de culpa que alcance a cada uno; y teniendo en cuenta esto, así como también la mayor o menor necesidad, obligaciones y disposición de trabajar de los no-congeniantes, acordarán ejecutoriamente las condiciones en que han de distribuirse los bienes, ora en usufructo, ora en pleno dominio, o parte en pleno dominio y parte en usufructo. La decisión de los amigables componedores y la distribución de bienes que ellos mismos habrán de hacer, surtirá los mismos efectos que una sentencia*». Habria prestado un excelente servicio al pais perseverando en este pensamiento; pero no tardó en aliviar de tan abrumador aumento de trabajo al escribiente, volviendo a sus antiguas rutinas.

Sirva de preámbulo lo que antecede a la exposición, en que ahora entro, del problema jurídico objeto de la presente consulta.

II. *Cuestiones del día*

El heredamiento universal, ordenado en la forma que se acostumbra, deficiente en la expresión de las condiciones que han de regirlo y limitarlo, sin prever ningún género de contingen-

cias, sin estatuir procedimiento ni sanción, abandonado en su ejercicio a la buena fe de los otorgantes y de los terceros interesados, a las inspiraciones de la costumbre, indefinida aún, y a la sanción moral de la sociedad, envuelve un peligro harto más trascendental que el que dejo explicado y cuya dolorosa realidad se viene acreditando por repetidos hechos desde no hace mucho tiempo: tal es el de que el hijo donatario o heredero, una vez dueño de la nuda propiedad de los bienes, seguro ya de que sus padres no le privarán de ellos, que no los venderán, ni los hipotecarán, ni los donarán a otro hijo, emigre a Francia, o a Cataluña para vivir más holgadamente y hacer algún ahorro, abominando de las estrecheces del hogar paterno, libre de las inclemencias del cielo y de las sangrías mortales del Fisco, lejos de tantas bocas que habría de mantener y que ponen pavor en su ánimo, con los halagos del día festivo en poblaciones crecidas o mejor dotadas que su triste aldea natal, sin el sobresalto y la obsesión con que le tienen embargados noche y día todos los sentidos, el buey o la mula comprada a plazos, los pagarés del prestamista, las anualidades de dotes, legítimas y recobros, que no se acaban nunca, el pan y la cera de los aniversarios, las facturas del herrero, herrador, zapatero, sastres, comerciante de telas y de ultramarinos, los apremios de toda casta y de todos los grados, el saco de la iguala abierto con precisión automática el primer día de la trilla, aunque no haya nada que trillar, por médicos, veterinarios y farmacéuticos. El gana tres pesetas; ella, una; son jóvenes, y la paralización por enfermedad es raro accidente: a mal ir, se cuenta a mano con hospital. Los ancianos donantes esperan y resisten, pero su fuerza de resistencia es corta y se agota pronto; piden recursos al ausente, con que contentar al acreedor, que insta y amenaza, o para tapar agujeros, siquiera sea poco una onza siquiera; el hijo no contesta, o contesta que todo va muy caro, que lo que gana le viene justo y que vean de arreglarse como puedan. Insisten los padres, requiriéndole a que regrese a la casa para cuidar de ella, y replica que no cuenten con que haga tal locura. Propónenle que renuncie, a fin de nombrar heredero a otro hijo, o que otorgue poder para enajenar algún trozo de huerto que por ventura tiene pretendiente, haciendo valer que están enfermos, que ho han cosechado

nada, que nadie quiere ya prestarles, que tienen embargadas las mejores fincas; el donatario calla, o dice que no renuncia y que tiren por donde quieran, o conviene en lo del poder, pero a condición de que lo vendan todo —¡vender patrimonios a esta hora en el Pirineo, donde hay tantas tierras de cultivo yermas y tantas casas cerradas!— y... le den la mitad del producto de la venta. Alguna vez los padres cortan el nudo que no pueden desatar, valiéndose del agente ejecutivo; se hacen embargar la hacienda, o una parte de ella, por débitos de la contribución, para que la remate un hermano del heredero u otra persona allegada; con infracción de los Reglamentos, la subasta se anuncia a toda venta, sin reserva de ningún derecho; como es de presumir, el noble publicano entra a la parte; en ese trasiego se pierde lo mejor; queda disuelto un patrimonio y condenada a morir una familia que traía origen de la Edad Media; se han burlado una multitud de leyes, pero al propio tiempo ha quedado confundida la innoble codicia del hijo ingrato y desnaturalizado, que estaba cometiendo no menos que una estafa en daño de su propia sangre, y que se guardará bien de mover pleito para depurar si pudo o no pudo el agente del Fisco ejecutar otra cosa que es el usufructo. Pero no tarda en repetirse la conocida historia de la lucha entre el cañón y la coraza: el heredero previsor envía a un amigo del pueblo, o a la familia de su mujer, el dinero preciso para que recojan puntualmente los recibos de la contribución, a fin de cerrar esa puerta excusada por donde sus padres o suegros podrían indirectamente dejar sin efecto la donación. Copio de la realidad; podría estampar a continuación una lista de nombres propios.

El derecho es a modo de una envoltura de la vida, y por eso no le está permitido estacionarse; tiene que acompañarla en todas sus mudanzas, seguir todas sus inflexiones, caminar paralelamente con ella, sin adelantarse ni retrasarse un punto, so pena de perder la cualidad de propulsor para declinar en un estorbo. El heredamiento hemos dicho, es una institución de carácter patriarcal, y sólo cabe allí donde la sociedad conserva ese mismo carácter y en tanto no lo pierde. Lo engendró la necesidad y ella lo sostuvo, con todos sus inconvenientes, mientras duró la sencillez de la vida antigua, menos exigente y más

desahogada que la actual, y fueron molestas y caras las comunicaciones de provincia a provincia, de nación a nación, y el espíritu de familia siguió siendo bastante vivaz para imponerse al individuo y absorberlo, al extremo de que mirase su jefatura como un honor, casi como un ministerio religioso y como un deber de conciencia. El Estado, ese monstruo de tres cabezas, nación, provincia, municipio, cuyos excesos están pidiendo hace tiempo un nuevo Hércules, no gastaba la mitad de lo que gasta ahora, siendo por ello más llevaderos los tributos; la familia pasaba con menos, no usándose los ruinosos lujos de ahora, que han hecho florecer la industria y agostarse la agricultura; las exigencias en materia de dotes eran más modestas; se ingresaba más, porque se cultivaba más huerta, no habiéndola arrastrado todavía las inundaciones; había más hierbas y bellota y se criaba ganado, que ahora ha desaparecido ante los imprudentes descuajes y talas, con que gran parte del suelo arable ha resbalado por los ríos, perdido para la ganadería y para la agricultura, a prolongar los fangales del delta del Ebro; con la finalidad de las comunicaciones, imponía respeto el espacio, que ahora ha quedado poco menos que suprimido, se emigraba poco, al menos a largas distancias y para no volver, y no se ofrecía a diario, como ahora, el espectáculo tentador del convecino que se ausentó al extranjero y juntó un capital y llamó a otro y otros, dándoles trillado el camino, efecto de lo cual, los herederos, en su convivencia con los abuelos, tenían más poder de aguante, sintiéndose poco menos que vinculados a la pila bautismal y adscritos a la casa de sus mayores. Este modo de ser ha cambiado, no todavía, claro está, de un modo radical, pero sí en proporciones muy sensibles; el heredamiento universal, al cual queda aún mucha vida por delante —pues no ha de despoblarse en un día el Pirineo—, ha debido acomodarse a las nuevas condiciones de la vida general, y no se ha acomodado; las escrituras de capítulos matrimoniales, que es donde se estatuyen, por punto general, los heredamientos, se redactan aún sobre el mismo patrón de las de hace treinta, cincuenta, cien años. Con haber hecho doctores a los notarios, no se ha vencido el hado que condena al hombre a ser un animal de costumbre.

Ese nuevo estado de cosas, que no es un accidente pasajero, que, al revés, ha de irse acentuando por momentos, exigiría, cuando menos, en las escrituras de heredamiento una cláusula del siguiente tenor[50]: «*Es condición de esta donación que el donatario y su mujer vivirán constantemente en la casa de los donantes, trabajando en beneficio de ella, a las órdenes de éstos o de sus ulteriores consortes, salvo si fueren relevados por ellos, temporalmente o a perpetuidad, de tal obligación. Si faltare a esta condición, ausentándose de la casa una o más veces, por más de tres meses en junto, sin anuencia de dichos señores mayores, quedará nula,* ipso jure, *la presente donación, y la nuda propiedad se reincorporará en el usufructo en la persona de aquéllos, bastando para que el Registro de la propiedad deba hacerlo constar así, que al solicitarlo el respectivo señor mayor a quien corresponda, acredite por certificado el Juzgado municipal de... que ha demandado de conciliación, en la forma prevenida por la ley de Enjuiciamiento civil, a los donatarios para que cumplan dicha condición, y que los donatarios no han comparecido, o que se han negado a regresar a la casa paterna y trabajar en ella y para ella. Si, por el contrario, se ausentaren con acuerdo y consentimiento de los donantes, podrán hacerlo constar en el propio Registro para su seguridad*». Pues bien, las escrituras de heredamiento, petrificadas en el molde de los antiguos formularios, aparentan decir lo contrario. Según vimos, los padres hacen donación de su patrimonio a un hijo, no por pura liberalidad, que en tal caso lo dispondrían en testamento, sino para que el hijo donatario los sustente con los frutos que haga producir mediante su trabajo a los bienes donados; por consiguiente, el cultivo de éstos por el donatario para sustentarse y sustentar a los donantes constituye una condición de la donación. Pues lejos de expresarlo claramente así, como debieran, las escrituras de heredamiento, dicen lo siguiente: «Los donantes se reservan el señorío mayor, administración y usufructo de los bienes dotados, pero con la obligación de invertir dicho usufructo en sustento propio y en el del donatario, mujer de éste y prole que tuvieren, sanos y enfermos, con todo lo necesario a la vida humana...». Con esto, el donatario o heredero que abandona a los donantes sin renunciar a lo donado, podría entender sin gran temeridad que

es libre de hacerlo; que por el contrato de heredamiento adquirió únicamente derechos, sin contraer ninguna obligación respecto de los donantes; que quienes se obligaron fueron éstos para con él, y que aun les hace favor con ausentarse, pues les releva de la obligación de mantenerlo a él, a su mujer y a sus hijos! Ya veremos que no es así; que esa cláusula tradicional envuelve la condición de residencia y obediencia impuesta al donatario; pero no habría necesidad de inquirir motivos, analizar vocablos y cuestionar acerca de su significado, si los notarios atendiesen la primera de las recomendaciones que les hacen los Reglamentos en materia de redacción de instrumentos públicos sujetos a registro: «Redactarán con claridad y concisión las cláusulas de las escrituras en que se declararen los derechos y las obligaciones de los otorgantes; y si bien procurarán atenerse literalmente a las minutas que éstos les entreguen de sus contratos, cuando así lo verifiquen, o a las instrucciones verbales que les dieren, siempre que notaren en ellas ambigüedad, confusión o falta de claridad, lo advertirán a los interesados, proponiéndoles la redacción que en su concepto exprese mejor el sentido de lo que se hubiese estipulado».

Tales son los términos de la cuestión que someto a su dictamen: ¿Existe en la legislación actual manera o camino para anular o revocar tales donaciones sin trámite de juicio?

Llamo de pasada la atención de la Comisión Codificadora del Derecho aragonés sobre este problema; y voy a permitirme, antes de concluir, aventurar algunos juicios por mi cuenta, para que no parezca que rehuyo la dificultad y que la echo entera a los maestros, más por desidia o pereza intelectual que por incompetencia.

III

Sugestiones para una solución

Instada la anulación o la revocación en vía contenciosa, no cabe duda que prosperaría la demanda, apoyada principalmente en los siguientes fundamentos de derecho: 1.° El ar-

tículo 634 del Código civil (que es decir, la ley 4.ª, tít. IV, de la Partida V, y otras; las sentencias del Tribunal Supremo fecha 25 de enero de 1873, 6 de noviembre de 1866, etc.), según el cual es nula la donación si el donante no se reserva en plena propiedad o en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias; cuya declaración es aplicable de todo en todo a nuestro país, conforme a la doctrina de Franco de Villalba y otros comentaristas, que hablan de rescisión de donaciones por inoficiosas, excesivas o insolemnes. 2.º El artículo 647 del propio Código civil y sus precedentes legales, según cuyo tenor, es revocada la donación a instancia del donante cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso; doctrina asimismo aplicable en Aragón, por no establecer el Fuero ninguna otra contraria o diferente. Las donaciones universales que se otorgan en escritura de capitulaciones matrimoniales se entienden siempre bajo el supuesto de que el donatario vivirá en compañía de los donantes y trabajará a las órdenes de éstos y para ellos; son donaciones «a cierta postura», hechas bajo condición de cooperación, y más determinadamente, de compañía o sociedad civil, en la cual los donantes han de ser los señores mayores y administradores; y así lo entiende la costumbre, conforme a cuyo criterio han de ser interpretados en primer término los contratos que adolezcan de oscuridad o falta de expresión, por aplicación de los fueros *Privilegium generale* y *De his quae dominus Rex*. Por otra parte, esta clase de donaciones, aunque universales y hechas intervivos a un hijo por acto bilateral, no pueden regirse por la ley de la herencia, según la cual, los padres carecen de libertad para dejar los bienes a distinta persona que sus hijos; mientras los donantes vivan, han de poder revocar las donaciones hechas a los hijos en los mismos casos y por las mismas razones que las donaciones hechas a extraños. Acaso serían también de alegar las leyes que rigen en materia de sociedades civiles.

Sin perseguir la anulación o la revocación de la donación universal, podría lograrse quizá el mismo objeto por un medio indirecto. Por prescripción expresa de la ley, independientemente del contrato, los padres tienen derecho, en cierta hipó-

tesis, a ser alimentados por los hijos. Podrían, pues, los donantes o instituyentes a quienes el usufructo no baste para vivir, reclamar del hijo donatario alimentos provisionales, en la forma prevista por la ley de Enjuiciamiento civil, artículos 1609 y siguientes. Condenado el demandado a pagar una cierta pensión, si no la satisfacía, le sería vendida la nuda propiedad de los bienes que le fueron donados por el alimentista, a tenor del artículo 1616 de la propia Ley.

Ciertamente, dos remedios son, entrambos, legales; pero remedios peores que la enfermedad. Países pobres necesitan justicia barata, aun cuando hubiese de ofrecer, por exceso de simplificación, menos garantías que la actual; el legislador no se ha hecho cargo de esta necesidad, y resulta que para la montaña del Alto Aragón —acaso los curiales de los somontanos dirán que para todo el Alto Aragón— no existe justicia más que hasta donde alcanza la jurisdicción de los jueces municipales. En esto, como en tantas otra cosas, lo mejor ha sido enemigo de lo bueno. Un pleito aquí equivale a una renuncia general de bienes, amén de la vida, que principia por ensombrecerse y acaba por acortarse y consumirse, sin que sea parte a impedirlo, y antes bien agravándolo, esa gran quimera de la defensa por pobre. Por esto, los Juzgados de primera instancia, como tribunales de jurisdicción contenciosa, huelgan en la montaña todo el año. Cuando algún incauto, que vive de categorías, Sancho en el traje, Quijote en la imaginación, se aventura a tientas por alguno de aquellos sumideros oscuros, magnetizado con la música de esas grandes «nugas sonoras», ley, prueba, tribunal, defensa gratuita, cosa juzgada, protección fiscal, aranceles, apelación, etc., allí se queda, víctima de la poesía que nos dan por derecho los vanilocuos doctores de la política al uso, que encuentran más agradable y más cómodo tañer la lira en los confortables salones del Palacio de las Cortes o en el Ministerio de la calle Ancha de San Bernardo, sobre el papel pautado y notado por legisladores extranjeros, que estudiar derecho vivo en las infectas cabañas donde se pudren tantos millones de españoles, arrastrando una vida infinitamente peor y más aborrecible que la de sus propias bestias de labor. Con tal ejemplo, que se repite alguna que otra vez como

para que no se olvide y pierda su eficacia el escarmiento, ante la huella impresa en el suelo por los pies de los litigantes, siempre de fuera adentro, nunca de dentro afuera, la opinión ha levantado en derredor de cada Juzgado de partido un cerco con honores de cordón sanitario al revés, que intercepta los víveres con que contaban los inquilinos del pretorio para renovar la sangre; en tal situación, es fuerza que éstos se desquiten cuando se ofrece a voluntario sacrificio algún mártir nuevo que rompió el cerco, cruzándolo por salto; y por fuera también, ante el espectáculo de ese desquite desesperado y rabioso, ha de aumentar el santo horror del público a la llamada por un eufemismo administración de justicia, y pedir a los letrados recetas jurídicas que no hayan de despacharse en la botica del Juzgado. Sucede en esto algo muy parecido a lo que con el clima de cierto lugar manchego, en expresión de Ventura Ruiz Aguilera: «como en Valdesuno no llovía, no había árboles, y como no había árboles, no llovía». Con los aranceles y a despecho de ellos, salen caros los pleitos porque son pocos, y hay pocos, porque salen caros.

Decirle, pues, al Alto Aragón que el remedio al mal denunciado está en el Juzgado de primera instancia, sería tanto como decirle que no está en parte alguna, porque no había de tomarlo. Preferiría dejarse morir. ¿Existe un medio extrajudicial, vel quasi, tolerable por lo barato y por lo rápido, para que los donantes recobren la nuda propiedad que donaron con tan mala fortuna al hijo ausente? El problema para aquella comarca se encierra entero dentro de esos límites.

A título no más que de sugestión, apuntaré uno, que ya ha principiado a ensayarse.

Los donantes o instituyentes acudirían al Registrador de la propiedad, solicitando por escrito que se cancele la inscripción de la donación y se inscriban de nuevo a su nombre los bienes donados, esto es, que se reincorpore la nuda propiedad con el usufructo, fundándose en las siguientes razones legales:

a) *Que la donación fue nula por falta de insinuación.* Según el fuero 3.° *de donationibus,* la insinuación es requisito esencial para la validez de las donaciones, siempre que su valor exceda de 500 sueldos jaqueses, o sea de 117 pesetas y 62 cén-

timos. Algunos autores (v.g.: Dieste y Blas) notan que esta formalidad ha caído en desuso, y es verdad; pero esto no implica que la donación no sea anulable por falta de ese requisito cuando el interesado declara su voluntad de anularla, según lo prueba la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1884, dictada en pleito procedente de la Audiencia de Zaragoza; la parte recurrente había alegado que, «según los autores, el requisito de la inspiración había caído en desuso, y aun cuando estuviese en vigor, no alcanzaría a las donaciones objeto de aquellos autos, por estar hechas para después de los días del donante y ser, por lo tanto, *mortis causa*»; y el Tribunal declaró no haber lugar al recurso de casación, «considerando que la sentencia recurrida no infringía las observancias 5.ª *de donationibus* y 10.ª *de pignoribus*, porque éstas se hallan subordinadas a la prescripción terminante del fuero 3.º «*de donationibus*, conforme al cual, la donación que exceda de 500 sueldos jaqueses no hace fe en juicio ni fuera de él si no ha sido insinuada, de lo que necesariamente se deduce que es indispensable para su validez el requisito de la insinuación». Lo que hay es que para promover esa formalidad no existe término fatal, pudiendo instarla los donantes aunque hayan transcurrido treinta años; en la práctica se abstienen de hacerlo, pero tampoco promueven la anulación de la donación insinuada, dándola *de hecho* por definitiva y válida; y como las nulidades de este orden no se declaran nunca de oficio, sino sólo a instancia de parte legítima, y como parte legítima para este efecto no lo es nadie fuera de los donantes, una vez fallecidos éstos sin haber ejercitado tal acción, las donaciones quedan firmes e inatacables por esa causa. Pero una cosa es que no se haga y otra muy distinta el que no se pueda hacer; ya acabamos de ver que según el Tribunal Supremo se sigue pudiendo, y el Código civil no ha introducido en esto ninguna novedad por lo que a Aragón respecta; los artículos 12 y 13 de dicho Código mantienen en su antiguo vigor el fuero citado *de donationibus*. Y en cuanto a conveniencia o necesidad de la insinuación, no es menor en esta clase de donaciones que en las sencillas y ordinarias, y antes bien, la intervención del juez podría prevenir conflictos de tanta consecuencia como los que han motivado esta consulta.

Algunos comentaristas regnícolas, como Portolés y Sessé, fueron de opinión que las donaciones son válidas sin el requisito de la insinuación, cuando han sido hechas por causa de matrimonio; pero tal dictamen no puede prevalecer contra la letra del fuero, que es terminante y no distingue: «para evitar los muchos escándalos que con pretexto de las falsas donaciones se cometen en el reino de Aragón, ordenamos que *la donación* que exceda de 500 sueldos de moneda jaquesa no hará fe *en juicio o fuera de él* contra persona alguna privada, a no ser que se demuestre que ha sido inisnuada personalmente por el que dona ante algún juez ordinario, etc.». Nótese bien: «en juicio o fuera de él»: las donaciones que no han sido insinuadas son igualmente nulas para el Registrador de la propiedad que para el juez de primera instancia. Ya el tribunal Supremo, por sentencia de 11 de junio de 1862, tiene declarado que «el registro de una donación hecho oportunamente en el oficio de hipotecas no exime del requisito esencial de la insinuación, expresamente ordenada, porque aquél *(el registro o inscripción)* se hace sin autorización del juez y ésta *(la insinuación)* la presupone con toda solemnidad». Los donantes expondrían al Registrador que en el Registro no consta que se haya cumplido ese requisito sin el cual las donaciones son nulas en Aragón; que su cumplimiento depende exclusivamente de ellos, no de ellos y del donatario, conforme al fuero citado; que ellos declaran su propósito y voluntad de no cumplirlo; por consiguiente, que consta desde ahora en el Registro el incumplimiento de esa condición formal impuesta por la ley para que el contrato sea válido, y procede por ello que se acceda a lo que solicitan, cancelando la inscripción de donación de la nuda propiedad de las fincas que describen en relación adjunta, mediante nueva inscripción, en la que se reintegre o reconstituya el pleno dominio en la forma en que se hallaba antes de otorgarse la escritura de capitulaciones matrimoniales y heredamiento de tal fecha.

b) *Que el donatario no ha cumplido la condición bajo la que fue otorgada la donación.* Según hemos visto, por consecuencia del heredamiento queda constituida una compañía o sociedad familiar, por el estilo de la llamada «gallega», a la cual aportan los padres sus bienes y el hijo sus brazos; de esa

sociedad han de ser regentes *(señores mayores y administradores)* los primeros, pero con cargo de invertir en beneficio común los productos obtenidos por la comunidad; el hijo asociado ha de someterse incondicionalmente a las órdenes y voluntad de aquéllos, sin que pueda negarles en ningún tiempo su cooperación, que sería tanto como negarles el carácter de tales señores mayores y administradores que solemnemente les reconoció por escritura pública; los bienes aportados por ellos no podrán enajenarse ni hipotecarse sin consentimiento del hijo asociado, y a su muerte, disuelta ya la sociedad, pasarán a ser propiedad de éste. Tal sentido tienen las cláusulas de heredamiento, que suelen estar redactadas en esta o parecida forma: «Los expresados F. y M., padres del contrayente, le instituyen y nombran heredero universal de su casa y patrimonio llamado de T., haciéndole donación de todos sus bienes muebles y sitios, créditos y acciones, habidos y por haber, con las condiciones siguientes: Primera, los citados donantes serán señores mayores, administradores y usufructuarios (*o bien,* se reservan el señorío mayor, administración y usufructo) de todos los bienes donados por todos los días de su vida, empero con la obligación de invertir íntegramente el usufructo en sustento propio y del instituido o donatario, etc.». Esta condición implica la permanencia del último en la casa y su sumisión a la voluntad de los donantes: 1.°, porque de no ser así, no habría tal compañía, ni tal señorío mayor ni tal administración, y se habrían limitado a decir simplemente que se reservaban de por vida el usufructo de los bienes donados, o de otro modo, que lo que decían era sólo la nuda propiedad; no habrían consignado que los donantes serían los señores mayores si no había de haber a quien mandar; 2.°, porque la condición de haber de invertir el usufructo en sustento común descubre asimismo la intención de los otorgantes, que no es otra sino la de vivir y trabajar en común; 3.°, porque en todo caso, la cláusula de que se trata es la aplicación y como traducción de una costumbre regional, y por tanto, de conformidad con esa costumbre del heredamiento implica como necesaria condición la de residencia y obediencia por parte del donatario, o más claro, que ese valor tienen en el común sentir y en la práctica los términos técnico-consuetudinarios «hacer herederos» y «reservarse el señorío

mayor, administración y usufructo» y que así, por otra parte, lo requiere la razón filosófica en que está informada la institución del heredamiento, sin que pueda ser de otra manera. Si, pues, el donatario abandona la casa sin acuerdo de los donantes, deja de cumplir esa condición resolutoria que había sido la causa impulsiva o generadora del contrato y de que pendía la subsistencia de éste, y como consecuencia, su derecho queda resuelto y fenecido. Por otra parte, la condición resolutoria incumplida constaba en el Registro no implícitamente o de un modo tácito, sino por palabras expresas, siquiera sea preciso interpretarlas para penetrar el alcance que entendieron darles los contrayentes por el que reciben del común en los casos análogos; por lo tanto, no es forzoso proceder *ex officio judicis*, sino que bastará —a tenor del artículo 16 de la ley Hipotecaria, y sin que obste en este caso el artículo 115 de su Reglamento— para que el Registrador haga constar el incumplimiento de dicha condición y la resolución consiguiente de la donación, por medio de una inscripción nueva a favor de los donantes, que éstos acrediten el hecho de la ausencia del donatario con carácter indefinido o definitivo y de haber sido requerido sin resultado a que regresara a la casa paterna.

Ahora ¿qué documentos serán necesarios para acreditar de modo suficiente esos extremos, recordando que es pie forzado renunciar a la ejecutoria? Conceptúo este detalle de muy arduo resolver. Por lo pronto, lo primero que se necesitará es una certificación del Registro civil en que se haga constar, con referencia a los datos que suministre la Alcaldía o a lo que resulte de una información testifical, el hecho de la ausencia del donatario desde hace *tanto* tiempo, salvo si existiera otro medio más auténtico de acreditarlo. Luego, si existen cartas del donatario en las cuales manifieste su voluntad de no regresar a la casa y de no ayudarla con recursos equivalentes a su trabajo personal, deberían acaso presentarse acompañadas de testimonio fehaciente que certifique su legitimidad. No habiéndolas, y en todo caso, deberá emplazarse al donatario a un acto de conciliación, expresando claramente en la papeleta de demanda que se trata de requerir al demandado a que cumpla la condición de residencia y cooperación que se impuso, o de hacer

constar auténticamente que no la ha cumplido. Si el donatario no comparece, habrá de acreditarse que fue citado en su persona para dicho efecto y con esa expresión. Todavía sería prueba más directa la de un requerimiento hecho al mismo por medio de carta certificada, remitida bajo la fe de notario en acta protocolizada y con aviso de recibo anotado y certificado por el propio fedetario. Y en caso de ser desconocido su paradero, ¿será suficiente la citación por el *Boletín Oficial* de la provincia?

Graus 7 de julio de 1892.

Derecho comparado

La costumbre pirenaica del «heredamiento» reaparece en Galicia, y sería curioso averiguar si ha nacido allí espontáneamente, a impulso de las mismas necesidades que lo mantienen en el Alto Aragón, en Cataluña, en Navarra y en el país vasco, o si es una supervivencia de la misma primitiva institución de donde desciende la que acabo de describir.

«Por más que no puede sostenerse (dice el Sr. Buján) la validez de la institución conocida en Galicia con la denominación de *Casa petrucial* —mejora de labrar y poseer —porque a ello se oponen las leyes sobre desamortización, la inoficiosidad de las mejoras y otras razones legales, hemos de ocuparnos de ella, porque aún se realiza y practica en la actualidad en algunas localidades de la provincia de Lugo y en el partido judicial de Carballo, rigiéndose por el uso, que implica una corruptela legal.

»El padre jefe de la familia, a quien los años impiden dedicarse al cultivo de las tierras y a los cuidados domésticos, abdica, por decirlo así, de la dirección de los negocios, en su hijo mayor, al que nombra *petrucio,* mejorándole en el derecho de labrar y poseer el «lugar» (cada uno de los caseríos o posesiones de tierra acasarada o poblada de casas, de las que forman el término de un pueblo, etc.) que posee la familia. El hijo, entonces, se constituye en jefe y cuida del alimento de sus padres y hermanos, y dirige y gobierna los asuntos de la

casa. Este nombramiento y mejora se constituye, simple o condicionalmente, por razón del matrimonio del mejorado; el que a la muerte del padre conserva íntegros en su poder los bienes de la casa para labrarlos y poseerlos.

»En compensación de la mejora, contrae la obligación de a los otros herederos una renta de ferrados de trigo, llamada *renta sisa* y *en saco,* libre de todo gravamen y equivalente al valor de la legítima que les correpondía, sin que puedan reclamar las fincas para labrarlas y poseerlas cada uno de por sí.» (*Sociedad gallega: Estudio jurídico sobre el contrato de Compañía de familia,* por D. Gumersindo Buján. Orense, 1887, págs. 78-79).

Se hace desear una relación circunstanciada de esta costumbre.

En el preámbulo del Sr. Montero Ríos al proyecto de ley de 21 de julio de 1886 se hace asimismo referencia a ella: «Otra cláusula muy común era la de que los bienes no habrían de partirse; condición que se formulaba a veces con toda precisión, consignándose que no se dividiesen entre hermanos, sino que anduviesen *en una sola mano o cabeza.* Comarcas hay en Galicia en que la costumbre milita a favor de la indivisión foral y donde los bienes se transmiten bien por acto entre vivos, bien por título hereditario, unidos y juntos, pasando a uno cualquiera de los hijos o invariablemente al mayor, el cual queda obligado a satisfacer a sus coherederos la parte de utilidad que pueda corresponderles». (*Gaceta de Madrid,* 1886, tomo III, pág. 222, col. 1.ª).

Notas

45 Recientes escarmientos han contribuido a desterrar de los heredamientos el pie forzado de la primogenitura. De Jaca, por ejemplo, me es conocido un caso de esta naturaleza: habían convenido los padres en su capitulación matrimonial nombrar sucesor al primogénito; la suerte llevó a éste al ejército; tocóle embarcarse para Cuba; la familia no ha recibido noticias de él, porque en esta desquiciada administración española ha causado ya estado la descansada práctica de no comunicar a las familias la muerte de esos tristes héroes que mueren oscuramente en el altar sangriento de la patria; y el padre, viudo y anciano ya, se ve en la imposibilidad de instituir heredera a una hija que le queda, y de procurar así ayuda y sostén a su vejez y nueva vida a su modesta hacienda.

46 Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1882, y Resolución de la Dirección de los Registros fecha 14 de diciembre de 1887. Pueden verse en el *Diccionario* de Martínez Alcubilla, t. IX de la 5.ª edición; Madrid, 1894, págs. 616 y 754. *(Nota de la segunda edición).*

47 En Portugal es muy frecuente el caso de hacer los padres en vida la partición de sus bienes y entregar su respectiva hijuela a los hijos, reservándose únicamente una pensión alimenticia, suficiente apenas para su subsistencia. El Código civil portugués no se ha hecho cargo de esta costumbre y la ha pasado en silencio (Vid. Dias Ferreira, *ob. cit.*, t. III, art. 1283).

48 Ordinariamente, emigrando al Mediodía de Francia o a Barcelona.

49 O en caso entre el padre, la hija y el yerno, en la cual pone el primero la tierra y el último los brazos y el capital metálico en que consiste su dote o legítima, ya que, según hemos visto, el varón que va a casar con una heredera aporta a la casa de ésta un capital regido por los mismos principios de la dote.

50 Tal como la había yo redactado para un consultante que, llegado el caso, la aceptó: Escritura de capitulaciones matrimoniales de D. Antonio Carrera y D.ª Josefa Gambón, vecinos de Graus, otorgada en 18 de noviembre de 1892, núm. 271 del protocolo de la notaría de dicha villa. Al otorgamiento concurren los padres del contrayente, que le hacen donación de sus bienes, instituyéndole heredero. En la misma escritura figura además la cláusula transcrita en el § II de esta consulta, pág. 115.

5. *Capítulo* Dotes y legítimas. Ajustes. Cabaleros y tiones. Troncalidad

Hasta aquí he considerado el heredamiento con relación al heredero y a los heredantes; viene ahora el definirlo con relación a los hijos no heredados, que es entrar en la tan debatida cuestión de las legítimas.

En las behetrías castellanas, que guardaban incólumes muchos de los principios del Derecho civil de los celtíberos, la familia estaba constituida sobre la base de un *solar* o heredamiento inalienable, compuesto de casa, era, huerto y muradal (*Fuero Viejo,* lib. IV, tít. I, ley 10); en Aragón, la *haereditas avita,* vinculada en la familia, se detenía ante esos mismos límites, una casa, un campo, una viña (*lib. V foror. in usu non habitor.*, f. de immensis, etc.); en Navarra, formaban igualmente la *vecindad,* durante la Edad Media, una casa, una era, un campo, un huerto y una viña (*Fuero general de Navarra,* libro III, tít. XX, c. 1). Tratando Strabón de la familia matriarcal de los cántabros, deja adivinar la existencia de todo un régimen dotal (*Rer. geograph.*, lib. III, c. IV, § 18); y es lógico pensar que la constitución de cada nueva familia colateral llevaba consigo la vinculación de un *solar* o *vecindad,* detraída, en un principio, de los bienes gentilicios, que poseía comunalmente cada clan o gentilidad, y más tarde, cuando cayó en desuso el régimen comunalista, de los bienes patrimoniales o de la comunidad doméstica respectiva. La masa general del patrimonio quedaba vinculada en el tronco, y representada por uno de los hijos; los demás recibían, en clase de legítima vinculable, aquello que se conceptúa necesario (aparte de los aprovechamientos comunes, que han llegado hasta nuestro siglo) para la subsistencia de una familia: una casa de campo, un campo, un huerto y una era. Más aún; es lícito presumir que a ese solar, o heredamiento, se había fijado como mínimo el límite de *cinco* unidades agrarias, a juzgar por los restos descompuestos que esta costumbre ha dejado en distintos

países, y que podemos aproximar idealmente, para reconstruirla, al menos, en imagen. *Cinco cabnadas* era la cabida del solar paterno en las behetrías de Castilla; y *cinco acres* medía la tierra que se reservaban como propiedad privada las familias bretonas durante el régimen comunalista. No sabemos si correspondían a esa misma cifra, en las medidas superficiales indígenas, las ocho yugadas de tierra que componían la legítima de los hijos no heredados, según las leyes wálicas (de Gales), y los dos robos de tierra y un cahíz de sembradura que, por fuero de Navarra, debía medir la «vecindad» dada en dote forzosa a los hijos de pareilla y de barragana; si bien nos autoriza a suponerla patrimonio también de esta región y de la región aragonesa la consideración siguiente. Las instituciones jurídicas no desaparecen nunca de raíz, bórranse del espacio, cuando se ha extinguido el estado social que las produjo, pero no mueren en un día; se escinden, se *reducen*, mudan de forma, se reproducen en las instituciones que les han sucedido, siquiera sea sólo a modo de apéndice, o en proporciones y formas rudimentarias, que sirven al historiador como de rastros y jalones por donde se remonta hasta descubrir sus orígenes más escondidos y remotos. Ahora bien; cuando el estado de nuestra sociedad engendró aquella libertad de testamentifación que condenó y trató de extirpar el Fuero Juzgo, la forma de desheredación hubo de relacionarse con la antigua legítima, por uno de esos procedimientos espontáneos e inconscientes que constituyen la *Simbólica jurídica,* y que tan gran parte han tenido en el desenvolvimiento morfológico del derecho; en vez del solar de cinco cabnadas de tierra, que componían la legítima según el primitivo derecho gentilicio, se asignó a cada hijo una representación de ella en cinco monedas usuales, con las cuales debía darse por contento y pagado de todo su derecho. Tal es, a mi entender, el origen de los *cinco sueldos* que, según la costumbre de Toulouse, debía legar el padre a los hijos a quienes desheredaba; de los *cinco sueldos* por muebles y cinco por inmuebles, en que el uso y estilo de Aragón graduó la legítima arbitraria establecida por los dos fueros «de testamentis»; de los *cinco sueldos y cinco cestas de tierra* que figuran en los antiguos testamentos del Bajo Aragón; de los *cinco sueldos* y una robada de tierra en monte del común que, según la cos-

tumbre de Navarra, elevada a ley en el siglo XVII, debe señalarse como mínimo a los hijos para que sea válido el testamento; y del *tanto de tierra,* poco o mucho, con que el Fuero de Vizcaya compone la legítima forzosa de los descendientes desheredados; no nos ha conservado la historia la fórmula que correspondió a éstas en el derecho castellano, antes de que el Fuero Juzgo pusiera su veto a la libertad de testar. Y he aquí cómo puede traer un origen lógico y racional aquello que los historiadores de nuestro derecho tienen por hijo del capricho y engendro de la arbitrariedad.

¿Rige actualmente en Derecho foral aragonés la susodicha legítima de los diez sueldos? ¿Es válida la desheredación sin justa causa, con sólo legar esa cantidad a cada uno de los hijos desheredados? Los fueristas se pronuncian casi unánimemente por la negativa; como tratadistas y como abogados, invocan los deberes de la paternidad; tienen por viciosa y contraria al espíritu de los fueros la práctica en que funda su autoridad tal legítima formularia; defienden, por equidad, el derecho a un suplemento de legítima, en relación con la fortuna de la casa y las circunstancias personales de cada hijo; y fundados en el fuero *de exhæredatione filiorum*, sostienen que la dote de la hija es de derecho natural, y obligatoria por tanto, y que el padre no puede privar de la herencia a los hijos, a no mediar alguna de las cinco causas de desheredación que el citado fuero especifica.

Juntando en una, como las junta la costumbre altoaragonesa, las materias sobre dotes, legítimas y donaciones «inter vivos», resulta del fuero la doctrina siguiente. El padre y la madre están obligados a dotar a las hijas (f. *Concordias en censales;* f. *de exhæredatione filior*). y dar a los hijos *partem suam (de donat., f. 2 y 9)*, que los foristas entienden ser lo necesario para alimentarlos o dotarlos (*Sessé*, decis. 26, n. 78 y siguientes; *Franco y Guillén,* lib. III. tít. IV, c. 2; *Dieste* v.º Legítima; *Manual del Abogado aragonés,* tít. XIII, p. 214; Lissa, *Tirocinium*, lib. II, tít 7), y que parece sinónimo de «legítima» en la tautonomia jurídica de dos términos *pro parte et legitima* de la observancia 1.ª *de rebus vinculatis.* Toda la herencia es legítima de los hijos, y no podrán ser privados de

ella si no han perdido el derecho hereditario por alguna de las causas que especifica el f. 2 *de exhæred. filior.*: los padres pueden instituir heredero universal a uno de ellos, dejando *quantum eis placuerit* a los demás (ff. *de testamentis militum* etc.; *de testam. civium*), cuyo *quantum* recibe de los foristas la misma interpretación que la *sua pars* arriba citada, entendiendo que se les concede la facultad de apreciar, según su prudente arbitrio, con arreglo a su fortuna y las necesidades de cada hijo, lo que debe ser su legítima; la preterición de un hijo rescinde el testamento. El padre, aun contra la voluntad de su esposa, puede dar a los hijos una cantidad igual a la que fue dada en dote al hijo o hija que anteriormente hubiere contraído matrimonio (observ. 8, *de donat.)*; el cónyuge sobreviviente puede hacer donación al hijo que contrae matrimonio de una parte de los bienes comunes igual a la que los dos cónyuges dieron al hijo casado con anterioridad, con tal que quede una parte igual para cada uno de los demás hermanos (observ. 15, *de jure dot.*, y 12, *de donat.*), a cuyo efecto, puede enajenar esos bienes comunes antes de la división. Lo donado por los padres a un hijo en razón de matrimonio, no tiene que colacionarlo con los demás hermanos, aunque sea muy desigual (obs. 1 *de donat.*), pero si esas donaciones fueren tan considerables, que se extendiesen a la parte que corresponde a éstos, podrán ser impugnadas por ellos (*Id.*, 2 y 9). La hija a quien se dota puede renunciar todos sus derechos legitimarios sobre la herencia, dándose por contenta con sólo su dote, y no hay exactitud en decir, como Franco de Villalba dice *(Comentarios* al f. 1 *de jure dot.)*, que tal renuncia es nula, como contraria a las buenas costumbres; quien con escritura pública se da por pagado y se obliga a no pedir más por legítima, no tiene derecho a reclamarla (Sentencia del Trib. Supr. de J., de 1.° de marzo de 1861); si no renunció, puede pedir suplemento al tiempo de la muerte del padre, según su haber en esta fecha; pero entonces, le será computada la dote en cuenta de legítima (Cancer, *Variæ*, etc., parte I, c. 3); únicamente en caso de intestado no se colaciona la donación. El que dotare con bienes propios a su hermana, por razón de matrimonio, puede estipular la reversión de la dote al dotante, si aquélla fallece sin sucesión, mas no si la dota con bienes comunes (Franco, *Co-*

ment. al f. *de rebus vincul.*); si muere intestada y sin sucesión, su dote vuelve «ipso jure» a poder de aquéllos que la constituyeron o donaron, o a sus causahabientes, y lo mismo en el caso de que habiendo tenido hijos, muriesen intestados y sin sucesión (f. 1 *de succesoribus ab intest.),* salvo, no obstante, en todo caso, el usufructo o viudedad foral (observ. 55 *de jure dot.*); de modo que la restitución de la dote incumbe a los herederos del viudo usufructuario (observ. 6 *de jure dot.*); otro límite tiene este fuero de troncalidad, y es la libre testamentifación. La mujer puede exigir del marido que le *asegure* su dote con hipoteca especial sobre sus bienes (observ. 44 *de jure dot.*); puede enajenarla por sí, constante matrimonio (observ. 39 *de jure dot.*); o transferirla y donarla el marido, con el consejo de su padre, y en su defecto, de los dos más próximos parientes de aquélla (f. 1 *de contractibus conjugum,* y 1 *de donat.*). Nada consigna el fuero tocante a los peculios y su relación con dotes y legítimas. Generalmente, la doctrina de las dotes se confunde con la de las legítimas; *dotar* vale tanto como *dar legítima*; y por esto, las sumas legadas para *dotar* solteras, son debidas a éstas aun cuando no se casen, según declaró la Corte del Justicia en un proceso de 1560.

Tales son, en resumen, las disposiciones del fuero sobre dotes, legitimas, donaciones entre cónyuges y entre padres e hijos, desheredación, renuncia de legítimas y reversión de bienes por fuero de troncalidad. En derredor de ellas, bullen y hormiguean enjambres de dudas, problemas y distingos, cuya discusión abandonamos a los foristas, mientras nosotros exponemos el sistema práctico que, dentro de ese general, ha creado la costumbre popular en el Alto Aragón.

Contienen los heredamientos dos cláusulas fundamentales sobre dotes o legítimas, que corresponden exactamente a aquellas otras dos que en el anterior capítulo expuse, relativas a institución y nombramiento de heredero. Helas aquí, reducidas a una fórmula pura y esquemática: «Los citados cónyuges F. y M. instituyen *heredero universal a su hijo X, con la obligación de dotar a sus hermanos al haber y poder de la casa.* Los contrayentes X (heredero) y Z instituirán en su día *heredero universal a uno de sus hijos, dotando a los demás al haber y poder*

de la casa». El heredamiento de los padres sirve de modelo a los hijos, y así se perpetúa la tradición. Será bueno advertir que, en estas costumbres, la doctrina de las dotes se confunde con la de las legítimas; por esto se usa indiferentemente, en las capitulaciones matrimoniales, las fórmulas *dotar* o *entregar la legítima*; por esto se entrega su dote, o legítima, a los hijos mayores de edad cuando la reclaman, aunque no se casen; por esto, al recibir la dote, hacen renuncia de los demás derechos que pudieran tener a la casa, salvo vínculo y sucesión intestada. Con lo cual, la mayor parte de los problemas que preocupan a los comentaristas, dejan de serlo. Se entenderá esto con más claridad, leyendo originales esos pactos en contratos de matrimonio. A continuación de la institución de heredero, dicen: «Con cargo y obligación, que igualmente se impone al heredero, de educar y asistir, con todo lo necesario a la vida humana, a sus hermanos, hijos de los instituyentes, todo el tiempo que permanecieren solteros en dicha casa; y *si tomaren estado, deberán ser dotados al haber y poder de la misma;* mas, para esto, los referidos hermanos deberán trabajar, mientras permanezcan solteros, en utilidad y beneficio de ella y del citado heredero, pues de no hacerlo así, no podrán reclamar más dote que la que se les quiera dar...». «Y la hermana del instituido F... deberá ser asistida y mantenida en dicha casa, con todo lo necesario al sustento humano, trabajando en provecho de ella mientras fuere soltera; y cuando tome estado, *será dotada por el heredero al haber y poder de la propia casa*». A las veces, estas cláusulas son más circunstanciadas: «*Si alguno de los hermanos varones se inclinase a seguir una carrera,* deberá dicho heredero asistirles con lo necesario al efecto, conforme al estado y facultades de la casa y herencia». «F., N. y X., hermanos del nombrado heredero, serán *criados, alimentados y dotados a poder y haber de dicha casa, dando a cual más, a cual menos, según las circunstancias,* y asistiendo con todo lo necesario a los que sigan estudios, hasta tomar estado». «Los demás serán dotados según las facultades de la casa, *y teniendo en cuenta los méritos que hayan contraído y sus prendas personales*». Otras veces se consigna que se tomará en cuenta, para graduar la legítima, el peculio que cada hijo poseyere. «A los hermanos del heredero, cuando tomen estado,

los dotará al haber y poder de la casa, *pero sólo en el caso de que no hayan adquirido caudal propio por razón de su industria y manejo*, en la proporción que corresponda a las facultades de esta casa y a lo que merezca aquella adonde fueren a casar; pues en tal caso, su caudal les servirá de dote o legítima, y el heredero no tendrá obligación de darles cosa alguna.»

Veamos ahora cómo se hace efectiva esa prescripción. La dote, o legítima, de los hijos no heredados se gradúa: 1.°, por lo que ofrecen los padres o el heredero, conforme al estado económico de la casa, o a lo que ha establecido en ella la costumbre *(al haber y poder de la casa)*; 2.°, por lo que exige la familia del otro contrayente *(por lo que alcanza)*; 3.°, por lo que posee de cabal o peculio el hijo de cuya dote o legítima se trata; 4.°, por lo que se dio a otro hijo casado con anterioridad, o por lo que han dado a los suyos respectivos las familias de la comarca reputadas en igual posición social; 5.°, en caso de discordia, por lo que determina el Consejo de parientes. Son poco frecuentes los casos en que los padres, haciendo abstracción de la fórmula *al haber y poder de la casa,* fijan en números concretos el tanto de legítima para cada uno de los hijos desheredados, al instituir heredero, o al otorgar testamento; la generalidad lo reprueba: 1.°, porque la casa puede venir a menos antes de que se haya ofrecido la necesidad de hacer entrega de sus respectivas legítimas a los hermanos del heredero, y entonces, se ve éste conducido al borde de la ruina, el solar de los antepasados sin cimiento, sin raíz el tronco; y 2.°, porque si el hijo soltero, por accidentes de la vida, contrae responsabilidades civiles en procedimientos judiciales, no puede eludir su pago, no puede hacerse pasar por insolvente, teniendo señalada su legítima, y los tribunales traban ejecución en ella a fin de hacerlas efectivas.

Dejando a un lado éste, que es un caso excepcional, y volviendo a la fórmula general «al haber y poder de la casa», examinaré uno por uno los distintos criterios que concurren a graduar la legítima cuando no la han fijado numéricamente los padres, o en su caso, los parientes, al otorgar el heredamiento del hijo mayor. Y ante todo téngase en cuenta que es costumbre satisfacer las dotes y legítimas en metálico, no en hacienda

o tierras: 1.°, por no mermar a la casa troncal el patrimonio heredado de los antepasados; 2.°, porque, estando poblada la montaña de lugares de corto vecindario, rara vez se establecen los jóvenes en el mismo de su naturaleza[51].

Los padres, o el hermano heredero, del contrayente a quien se dota ofrecen de ordinario una cantidad proporcionada a la fortuna mobiliaria y a los productos anuales de la casa, de tal suerte, que pueda ser satisfecha en plazos sin desprenderse de los inmuebles, los cuales quedan vinculados en la persona del heredero y de sus sucesores, o enajenando lo menos que sea posible. En las casas muy acaudaladas, la legítima se regula por la costumbre de los antepasados, y también por el tanto que asignan a sus hijos las familias del país, consideradas en la misma posición social que aquella ocupa. Ordinariamente es muy desigual con relación al haber de los padres, y por esto resulta ventajoso en tales casas el ser instituido heredero. Pero son las menos. En el mayor número, se equilibran el heredamiento y las legítimas; donde la prole es numerosa, y no muy sólido ni robusto el patrimonio, el heredero es un esclavo, primero, de sus hermanos, más tarde de sus hijos, y no es dueño de pensar en más, toda su vida, que en los plazos que van venciendo cada año, y que los interesados reclaman en acto de conciliación si el pago se retarda. Las casas entonces *se atrasan*. Y así se explica que no sean raros los casos en que el primogénito, o el preferido por sus padres para sucederles en la representación de la casa troncal, renuncie el heredamiento en favor de alguno de sus hermanos o tíos, menos previsor o más alentado[52]. Agrava esta situación el amor propio de las familias, que les hace rebelarse ante la idea de descender en rango y jerarquía social, y les induce a ocultar los estragos causados en su patrimonio por golpes de fortuna o errores de administración, y el afán de colocar a los hijos en buenas casas, donde es costumbre exigir dotes mayores de lo que aquéllas pueden, en buena economía, prometer. Fuera de esto, cuando se ha asignado a un hijo su dote o legítima, esa sirve de regulador a la de los demás, si la casa se ha mantenido a igual altura, sin perder terreno; pero si ha experimentado alzas o bajas en su situación económica, el espíritu de la fórmula «al haber y po-

der de la casa» requiere, y la práctica autoriza, que se alteren aquéllas en el mismo sentido y en proporción igual; en tal caso, las dotes de los hijos primeramente casados no establecen jurisprudencia para las de los demás. En un heredamiento reciente leo la cláusula que sigue: «Las dos hermanas del instituido últimamente nombradas, se hallan casadas; y las tres primeras, solteras, han de ser mantenidas, sanas o enfermas, con todo lo necesario a la vida humana, y *dotadas en la misma cantidad en que lo fueron aquéllas, si la casa continuase en igual situación económica que al presente,* pues si desmejorase su fortuna, se las dotará según su poder y haber en cada caso...».

La otra base de juicio que se toma en cuenta para fijar la cuantía de la dote o legítima, es «el haber y poder de la casa» del otro contrayente a donde el hijo dotado va a establecerse, o como se dice en el tecnicismo consuetudinario local, lo que éste *alcanza*, y también lo que aquélla *merece*. La costumbre de este país ha establecido una proporción constante y uniforme, de la cual rara vez se aparta, entre la herencia del instuido heredero, o heredera, y la dote o capital que aporta el otro cónyuge; esa proporción oscila entre 5 y 8 de dote por 100 de herencia, o patrimonio. Esta ley de rigurosa proporcionalidad engendra en la práctica desigualdades irritantes. Es profundamente injusto, y no se concibe tal injusticia en un pueblo tan apasionado de la equidad, que las dotes estén en relación directa de lo que cada hijo *alcanza*, esto es, que sean mayores o menores según sea más o menos considerable el patrimonio del heredero, o heredera, con quien se unen. De dos hijas que se establecen, una en una casa abundante y acaudalada y otra en una casa de mediana posición social, la primera lleva mayor dote que la segunda. Por todas partes se ve ensalzada, omnipotente, la familia, y en sus aras sacrificado el individuo. Y no sólo las dotes; hasta los peculios adquiridos por los hijos se sujetan a tan riguroso criterio: «Si el dicho A. Campo, hermano del contrayente, y los otros cuatro *hermanastros,* V., M., J. y R. Pueyo, hiciesen o adquiriesen algún *cabal* (peculio) en sus negocios y tratos particulares, o de cualquier otro modo, y, llegado el caso de tomar estado, *lograsen un partido tan ventajoso que correspondiese por él llevar el cabal*

entero, lo pueden hacer libremente; pero no siendo así, lo dejarán necesariamente en la casa nativa, contentándose con la dote que ésta pueda darles según su haber y poder, *o tan sólo con la que corresponda al partido que alcanzaren*, desmembrándolo del todo del cabal que tuviesen adquirido, si éste excediese de lo que por legítima les corresponda al respecto de la posibilidad de la casa, según queda capitulado». «Y a sus hermanos, cuando llegue el caso de tomar estado, los dotará al haber y poder de la casa y *según lo que correspondiere a aquellas donde se colocaren*...». Así se expresan dos capitulaciones matrimoniales del siglo pasado (XVIII), y tal es el espíritu que todavía domina en la actualidad, aunque no se consigne en los heredamientos.

Conviene advertir, no obstante, que esta proporción es casi siempre más aparente que real: verdad, sólo si se atiende al valor nominal del patrimonio del cónyuge heredero, mas no si se toma como término de comparación el efectivo, hallándose, como se halla, casi siempre mermado y disminuido con gravosas hipotecas. Es muy común que la dote, o legítima aportada por el cónyuge forastero, se invierta en pagar deudas; y no son raros los casos de adelantarse las bodas más de lo justo y casar al heredero, o heredera, en edad demasiado temprana, con la mira de librar el patrimonio de la usura que lo oprime y esteriliza. Como la dote, en determinadas condiciones, es reversible, según veremos, esa operación viene a la postre a resolverse en un trueque de débitos; sólo que el primero rendía interés, y el segundo no.

Al acto en que, relacionados de común acuerdo aquellos dos extremos, se pacta la dote y las demás condiciones del contrato de matrimonio, se le denomina *ajustes*, y aparenta las formas de un tratado internacional. Esos ajustes, mayormente cuando en ellos se interesa un heredero o heredera, son muy solemnes. Se celebran en lugar neutral, equidistante, si es posible, de la residencia de las dos familias contratantes: en una casa de campo, en una venta, o al aire libre, debajo de una encina. Concurren sus parientes y allegados en numerosa comitiva. Las capitulaciones antiguas lo consignaban así: «con asistencia de éstos (padres, etc.) y de otras varias personas,

deudos y amigos de las dos partes». Acompáñales casi siempre un *casamentero*, especie de notario lego, órgano inmediato del derecho popular, encargado de mediar entre las partes, de dar forma concreta al acto, y de redactar la *cédula* matrimonial, especie de anteproyecto que sirve de norma al notario para extender el contrato definitivo, y que facilita sobremanera la misión de los depositarios de la fe pública. Cada comarca tiene el suyo, y puedo citar los nombres de algunos: en Laguarres, *Joaquín Gaspar*, tejedor de oficio, y al mismo tiempo actor cómico en las piezas pastoriles *(pastoradas)* que constituyen el teatro popular de Ribagorza, y que él representa en la festividad mayor de algunos pueblos, por precio de cinco pesetas al día, la comida y un par de alpargatas; *Joaquín Cerulla*, rico hacendado de Tolva, de instrucción y clara inteligencia, consultor universal de los Ayuntamientos del Alta Ribagorza, y hoy diputado provincial; en Güel y Castanesa, *Joaquín Abentín*, secretario de Ayuntamiento, dotado de muy feliz memoria, y especialista en Derecho consuetudinario del país; en la Fueba, *José Oncíns*, labrador inteligente, conocido en exposiciones nacionales y universales, y cuyo reciente fallecimiento ha dejado vacante un puesto que ocupaba con aplauso del pequeño valle a que sirve de remate el monasterio de San Vitorián; en Laguarta, *José Villacampa*, propietario, ex diputado provincial; en Bergua, *Joaquín Ciprés*, labrador, secretario del Ayuntamiento y consultor de otras varias corporaciones municipales; en Linás de Broto, *Juan Solana*, hacendado; en Cortillas, *Clemente Coli*, párroco; en Capella, *Antonio Obac*, secretario del Ayuntamiento; en Olsón, *José Coronas*; en Secastilla, *Tomás Lorés*; y a este tenor otros muchos, sin contar multitud de secretarios y no pocos párrocos, a quienes se impone ese oficio por razón de su ministerio, y que con el tiempo han cobrado afición a esta jurisprudencia patriarcal. Reunidas, pues, entrambas familias y el casamentero, o cedulista, los novios se apartan a un lado, sin tomar parte en el convenio; los padres despliegan sus respectivas capitulaciones matrimoniales, para que sirvan de modelo, y con esta base principia la discusión. El principal caballo de batalla es la dote (su cuantía y los plazos en que ha de ser aportada, y en su caso revertida) y los segundos matrimonios; el padre del novio *forastero* ofrece en

dote una cantidad, según lo que él considera que debe dar «al haber y poder de su casa», y lo que juzga que la otra casa *merece* que le sea llevado, según sus facultades; acaso el padre del novio heredero no se conforma, y demuestra a la otra parte, liquidándole de memoria la fortuna, que puede ofrecer más, y liquidando de memoria la propia, que *merece* más, que se le debe dar más. Los novios presencian a distancia esta singular escena, o cuchichean de amor, como si se tratara de un asunto completamente extraño a sus personas. Antes de esto, la familia del heredero, o heredera, se ha formado ya su composición de lugar respecto de lo que debe llevar en dote la persona que haya de entroncar con ella; y la otra, porque no naufrague el proyecto, hace un esfuerzo, superior tal vez a sus facultades. Convenidos en esta base, ábrese discusión sobre las demás que circunstanciadamente iremos enumerando y analizando en este y en los sucesivos capítulos: plazos en que ha de efectuarse el pago, aseguramiento, parte libre de la dote, parte reversible y condiciones de la reversión, destino de la dote en caso de convolación a otro matrimonio, reserva de casamiento en casa, derechos de los hermanos y tíos del heredero, etc., etc. Y aquí es donde desempeñan su principal papel las capitulaciones antiguas, presentadas como tipo, y el casamentero. Acordes en todo, sacan sus alforjas, ponen en común las viandas que cada parte lleva, y comen. Extienden la cédula y la llevan al notario para que, con sujeción estricta a sus cláusulas, redacte la capitulación matrimonial. Alguna vez, en los ajustes, trábanse de palabras, y el pensamiento naufraga por cuestión de pocos maravedises, o porque tal padre se empeña en trasladar al heredamiento de su hijo tal cláusula que se lee en el heredamiento propio o en el del abuelo, y que parece duro a la otra parte; pero son casos excepcionales, que no dañan ni invalidan la general costumbre. En el partido de Jaca está menos extendida la costumbre de las cédulas, por lo cual esas cuestiones y disputas se trasladan al local de la notaría, poniendo a veces al notario en una situación o desairada, o comprometida. Lo común, cuando no precede cédula, es que se confíen a la dirección del notario, que pongan el asunto en sus manos, sin otra prevención que su deseo de capitular en la misma forma que sus padres, o que tal pariente, o vecino; el notario consulta las

capitulaciones indicadas, y conforme a ellas desenvuelve el pensamiento indefinido y vago de las dos partes contratantes. De este modo se perpetúa la tradición. En alguna capitulación matrimonial se lee la siguiente cláusula: «Uno de los hijos de este matrimonio será nombrado heredero universal de los bienes de los contrayentes, *con los mismos pactos, reservas y condiciones con que al expresado F. B. le instituyen sus padres en la presente capitulación*». Otras veces, al instituir el Consejo de parientes, se le recomienda que procure atenerse, en el heredamiento del hijo, a los términos en que está redactado el de los padres.

Cuando viven los padres, el señalamiento de dotes y legítimas no ofrece grandes dificultades; pero si aquéllos han fallecido, el heredero se muestra por lo general menos espléndido o más tacaño, las diferencias son de más difícil arreglar, y una experiencia de siglos ha persuadido de lo conveniente que podría ser la intervención del Consejo de parientes para interpretar, en caso de discordia, la fórmula *al haber y poder de la casa* y reducirla a una expresión numérica. Con efecto, una de las cláusulas que suelen leerse en los heredamientos así lo establece: «*Si no se conforman* (los hermanos y tíos del heredero, a quienes corresponde la legítima) *con la dote que el heredero les señale, intervendrán y fijarán cantidad los citados parientes, pero ateniéndose estrictamente al haber y poder de la casa...*» «*Si entre aquéllos se promoviere alguna discordia por pretender mayor legítima de la que el heredero se halle dispuesto a dar, o mayor pensión que la ofrecida para seguir una carrera,* mediarán y acordarán lo que proceda los dos parientes más próximos, uno de cada contrayente, y el cura que entonces sea del pueblo de...» «*Si el instituido heredero fuese injustamente escaso en la asistencia de sus hermanos, o en la cuantía de las dotes o legítimas,* la donante (instituyente) se reserva el poder suplir lo que a su juicio falte, tomándolo de los bienes del patrimonio donado, pero con intervención de los mismos parientes a quienes se confiere la facultad de instituir heredero...».

Otro elemento de juicio y de cálculo que entra en la determinación de la legítima, son los peculios. Los heredamientos imponen, según hemos visto, a los herederos la obligación de

dotar a sus hermanos al haber y poder de la casa, *«sirviéndoles en cuenta del todo o parte de la dote el caudal que cada uno adquiera por cualquier título y posea al tiempo de contraer matrimonio».* Ese caudal (*cabal,* peculio) se forma ordinariamente del siguiente modo. Cuando los muchachos llegan a la edad de diez o doce años, y principian a servir para la guarda del ganado, se les confía un pequeño capital, consistente en dos o tres ovejas, en dos o tres cahíces de trigo u otro cereal, o en 80, 100 o más reales, que invierten en trigo o en ovejas. Con las crías se van formando un hato propio, así como entran en años y se despierta en ellos el espíritu de economía, retirando a veces, cuando casan, un rebaño mayor que el de su mismo padre; si el grano que les señalan *para principio de cabal* es poco, lo siembran dos o más años en tierra y con yuntas de la casa paterna, o en *artigas* que *sacan* o roturan en monte del común. Mientras son menores de edad, les *hace correr* el cabal, se lo administra el padre, separadamente de la administración general de la casa. Cuando ya son mozos, lo acrecientan con lo que ganan durante la temporada de la siega, o en las obras públicas del Mediodía de Francia, de donde vuelven pasada la época de invierno con 600, 1 000 o 2 000 rs., producto de sus ahorros, o acaso sirviendo algunos años en clase de mozos de labranza. En las casas de mucho movimiento, los segundones no salen nunca fuera para aumentar su caudal, porque en las faenas de casa hay ocupación para todos durante el año entero. Con ese capital se dedican luego a una u otra granjeria, principalmente al recrío de corderos, o lo colocan a rédito, o negocian en trigo, constituyéndose de esta manera en *cabaleros* («cabalés» en la montaña de Cataluña), sin abandonar por eso la casa nativa, ni dejar de concurrir a los trabajos de la siembra, de la recolección, del esquileo y demás. Ahora, como para formar su cabal o peculio han consumido un tiempo que no redundó en provecho de la casa, como además su primera base, las primeras ovejas o los primeros cien reales, fueron distraídos del patrimonio, les es computado en pago de su dote, o legítima; y he aquí motivada la cláusula que acabo de trascribir, y cuyo contexto, a primera vista, parece difícil de conciliar con la equidad. A veces, aquella cláusula se determina más, diciendo, por ejemplo: *«A los hijos varones*

(del heredero), *desde ahora para cuando lleguen a la edad de doce años, les señalan* (los instituyentes) *la cantidad de cien reales para principio de cabal, cuya cantidad, con lo que aumentare a su tiempo, les servirá de parte o todo de dote según las facultades de la casa*». «Se le nombra heredero, a condición de vivir en una misma casa y compañía y a una misma mesa y gasto, así él como su consorte, con los cuatro instituyentes (padres y abuelos del instituido), respetándoles y obedeciéndoles como señores mayores que son; alimentar y sostener a sus dos hermanos Ramón y María, y *entregar al primero, cuando llegue a la edad de doce años, tres fanegas de trigo y otras tres de avena o de cebada, las cuales sembrará en tierra de la casa por espacio de dos años, con cuyo trigo y lo que de éste modo se acrecentare empezará a hacer cabal,* sirviéndole de todo o parte de dote cuando tomare estado». «J. y M., hermanos del contrayente R., serán mantenidos por éste, sanos y enfermos, hasta que tomen estado; *y para que se arbitrien* (sic) *se les señala a cada uno 17 libras jaquesas, por una sola vez, cuando lleguen a la edad de quince años;* y si el cabal que se formen con esa suma no fuere bastante cuando se coloquen, se les aumentará lo que falte según el haber y poder de la casa y las circunstancias de aquella adonde fueren a casar, pero debiendo estar hasta entonces bajo la obediencia de sus padres y del hermano heredero, y trabajar en beneficio de la casa». En ocasiones, cuando el *cabalero* trata de contraer matrimonio, su peculio suma tanto como lo que le correspondería por legítima, y entonces el heredero no está obligado a asignarle cantidad alguna. Surgen de aquí, a las veces, disensiones entre el cabalero, que oculta parte de su cabal para que no entre en el cómputo, y el heredero, que procura descubrírselo todo, le liquida partidas de imposible ocultación, y a la postre y como supremo recurso, tócale la fibra, a la verdad no muy sensible en espíritus tan utilitarios, de la creencia religiosa, amonestándole «que no pierda de vista su conciencia y la salvación eterna, que hurta a la casa de sus padres cuanto esconda, o no manifieste de su peculio, etc.». Cuando el cabal excede de lo que importa la legítima, la lógica exigiría que se le retuviese el exceso en beneficio de la casa troncal. Pues bien; el derecho consuetudinario del Alto Aragón, cuyo carácter lógico, matemático, simétrico, ha-

brán notado ya los lectores, no se ha detenido ante el aparente absurdo, y los protocolos ofrecen casos en que se ha llevado hasta ese extremo el principio que informa los cabales. Hace poco he citado uno; he aquí otro ahora: «Si en llegando a la edad de catorce años, no demostrasen (los hermanos del heredero) inclinación a la carrera eclesiástica u otra literaria, *se dará a cada uno una vaca o dos cahíces de trigo* para principio de cabal; les será administrado éste por el padre, mientras viva; y a su muerte, cada cual se lo administrará por sí; cuyo cabal les servirá en todo o en parte de dote, conforme al haber y poder de la casa. Esa dote o legítima la señalarán los padres, y a falta de ellos, los herederos de las casas de B., de Castiello, y de B., de Esposa, y caso de discordia, el párroco de Aísa, quienes tendrán entendido que *si el cabal excediese a lo correspondiente por legítima según las facultades de la casa, quedará el sobrante en beneficio del heredero* R., y que en caso contrario, si fuese menor y *el partido lo mereciese*, aumentarán lo que sea necesario, a costa del mismo heredero, conforme al haber y poder de la casa...». Estos casos, y otros que omito, tomados de capitulaciones del siglo pasado (XVIII), no forman regla, al menos en la actualidad.

Las ventajas que tan curiosa institución ofrece, a cualquiera se alcanzan; con un pequeño desembolso al principio, los mismos hijos se van labrando insensiblemente la legítima, ayudados tal vez por su padre, o por el heredero, y el patrimonio de la casa se resiente menos, cuando sus miembros principian a dispersarse y a tomar estado; contraen hábitos de laboriosidad, de previsión, de cálculo y ahorro, característica de los montañeses, y que los distinguen del resto de la provincia; en vez de pasar el domingo en las tabernas, con que les brindan los centros de la comarca adonde concurren de ordinario para sus transacciones las aldeas y pueblos de corto vecindario —que lo son casi todos—, permanecen en casa, o persiguen la caza menor para venderla y acrecentar el cabal, o hacen hornigueros en sus artigas propias, o roturan otras nuevas; con ese cebo, la familia los retiene más fácilmente en su seno, se inclinan menos que los no cabaleros a abandonar temporalmente la casa para servir en clase de pastores o mozos de labranza, o

como braceros en los viñedos y obras públicas de la vecina república, y no se extingue ni se debilita en su espíritu aquella disciplina moral que, en pueblos incultos, sólo el calor del hogar alienta y vivifica. El derecho altoaragonés se ha anticipado con el cabal a no pocos planes e instituciones que la moderna economía ha creado, o propuesto, y que habrán acudido involuntariamente a la memoria de los lectores.

Los cabaleros que no tienen vocación al matrimonio, renuncian a salir de la casa solariega, y en ella envejecen y en ella mueren; así como van entrando en edad, puebla la casa una generación de sobrinos, hijos del hermano heredero, a quienes es debida la denominción con que se les conoce en la jurisprudencia consuetudinaria del país: *tiones* (aumentativo de tíos). Demuestran extraordinario apego y cariño a la casa; si el heredero muere, se ponen al frente de la administración, aventajando a los mismos padres en solicitud y paternal afecto hacia los sobrinos, de quienes son tutores natos. Renuncian tácitamente a su legítima; con su *cabal* acuden a todos los apuros de la familia (pedriscos, incendios, muerte de bestias, etc.), y así crece su autoridad y la consideración en que son tenidos, superior a veces a la del mismo heredero; es en ellos punto de honra, en tanto dura su peculio, mantener cerrada la puerta a la hipoteca y libre de deudas el solar de los antepasados. A su muerte, legan a la casa lo que poseen, si algo les queda, sin otorgar para esto testamento, a no ser que tengan establecido fuera algún hermano, a quien corresponderían de derecho aquellos bienes si falleciese intestado. Esta institución se halla hoy en decadencia; el número de tiones va siendo cada vez menor, así como se va desarrollando el espíritu individual y de independencia, y va entrando el país en las corrientes de la vida moderna, y la industria ofrece nuevos estímulos y la emigración abre nuevos horizontes al exceso de población. Idéntico fenómeno se observa con respecto a los cabaleros: en todas partes se me dice que el cabal ha perdido mucho de su antigua importancia[53]; que es hoy menos general. El porqué, lo ignoran. Aquí será bien recordar lo que expuse en el capítulo II, al ocuparme de la rápida disolución que experimenta la comunidad doméstica en ciertas naciones eslavas donde todavía se

halla en vigor. En cambio, encuentro más acreditado el Consejo de familia en las capitulaciones modernas que en las de los siglos XV y XVI. ¡Siempre la costumbre, en un régimen de libertad civil, siendo eco del estado social, reflejando sus mudanzas, y obedeciendo al pensamiento dominante en cada siglo!

Volvamos a nuestro tema.

Con frecuencia, además del cabal, han de tomar en cuenta otro elemento para la regulación de la dote o legítima, y es el siguiente. Sucede a las veces que los padres, al instituir heredero universal a un hijo, *se reservan* como de libre disposición una cierta suma, la cual debe recaer en la herencia si fallecen sin haber dispuesto de ella; si la ceden a alguno de los hermanos del heredero, ha de ser, lo mismo que el peculio, descontada de lo que corresponda por vía de legítima. En una escritura del siglo pasado (XVIII), se lee: «Item los instituyentes se reservan 20 libras jaquesas cada uno; muerto el uno sin disponer, recaerá su parte en el otro; y si tampoco éste hubiese dispuesto de ellas, recaerán en el heredero. Este deberá dotar a sus hermanos al haber y poder de la casa, sirviéndoles en cuenta de dote *el caudal que tuvieren y la parte de la reserva que sus padres les dejasen*». Otra escritura de fecha reciente se expresa de este modo: «Los instituyentes se reservan la facultad de disponer libremente hasta de 1000 pesetas cada uno, debiendo recaer en el sobreviviente la totalidad o la parte de que no haya dispuesto el premuerto, y en el heredero si mueren los dos sin disponer, pero serán de su cuenta los funerales y sufragios, etc. Será cargo del heredero mantener a su hermana Medarda y a los demás hijos que los instituyentes puedan tener de ulteriores enlaces, y dotarlos al haber y poder de la casa, sirviéndoles en parte de dote *el caudal propio y la dote que obtengan de la reserva de sus padres*, que serán a menos percibir de la casa. A Medarda le señalan 5000 pesetas por dote y legítima, si casa a gusto de sus padres, o en su defecto, de los parientes D. N. y D. M., pues si se casa a su capricho, será dotada al poder de la casa, pero de modo que no llegue a las 5000 pesetas...». Otras veces, la reserva sirve como regulador y suplemento de dote o de legítima, para el caso de que se ofrezca la oportunidad de colocar un hijo en una casa más

acaudalada, donde no seria admitido si solamente hubiese de llevar lo que según el haber y poder de la propia le correspondía: «*En el caso de que alguno de los hijos encontrase alguna colocación buena, pero se le exigiese para ella dos onzas* (o cuatro, o seis) *más de lo que según el poder de la casa se le debe dar*, podrán aumentárselo los instituyentes de su reserva; si no dispusieren de ella, recaerá en el heredero».

Cuando con igual mira se da suplemento sin que exista para ello *reserva* especial, se tiene cuidado de advertir que ese precedente no constituya jurisprudencia respecto de los demás hermanos: «Declaran los mandantes (los padres, o el hermano heredero, del cónyuge dotado) que su precaria situación sólo les permite dar a la contrayente 160 pesetas; pero, a causa del excelente comportamiento que ha tenido para con los mismos, portándose mejor que los demás hermanos, han querido darle una muestra de gratitud y especial afecto, aumentándole dicha cantidad hasta 400 pesetas, a fin de que pueda encontrar mejor colocación; *sin que esto haya de servir de regla para los demás hijos*».

Determinada ya la cuantía de la dote, sea por los padres, por el heredero, o por el Consejo de parientes, apórtala al matrimonio el cónyuge dotado en la forma siguiente: «Item, la contrayente trae sus bienes en general; y su madre F., así como su hermanastro N. (el heredero), *le dan por vía de dote y derecho de ambas legítima, paterna y materna*, la cantidad de 12 500 rs. vellón; la mitad del presente, y de ella el contrayente y sus padres otorgan a favor de los mandantes de la dote la correspondiente ápoca, con las renunciaciones debidas, por haberla recibido; la otra mitad a plazos de 400 rs. anuales, que principiarán de hoy en un año; trae además las ropas y alhajas que constarán en una cédula hecha de común acuerdo, firmada por ambas partes, la cual quieren que tenga la misma fuerza y valor que si se incluyese en esta escritura. De cuya dote le dejan *libre* 3 000 rs. Y el todo de ella, así como el expresado ajuar, lo *aseguran* el contrayente y sus padres sobre la universal herencia. Con todo lo cual, la contrayente se da por contenta, y *renuncia* a favor de su hermano, el heredero, todos los demás derechos que en su casa nativa puedan corresponderle, salvo

vínculo y sucesión intestada». «El futuro contrayente F. aporta a este matrimonio todos sus bienes en general; y en especial, *su hermano N., con aprobación de su esposa, y como heredero de su casa nativa, le promete dar, en calidad de dote estimada, la cantidad de 2 000 pesetas:* 800 el día del enlace, 200 un año después, y la restante cantidad en plazos de 50 pesetas anuales; *con cuyas cantidades, el futuro contrayente, desde ahora para cuando le sean pagadas, se da por contento y satisfecho de cuanto pueda corresponderle por vía de legítima paterna y materna, y renuncia* todos sus derechos a la casa nativa, salvo vínculo y sucesión intestada. Cuya cantidad le asegura la contrayente (la instituida heredera) en toda su herencia, etc.». «El contrayente renuncia todos sus derechos a la casa nativa, contentándose con la donación que su hermano el heredero le tiene hecha por vía de legítima, *agregada al cabal propio que trae a este matrimonio,* como queda dicho». Según ha podido observarse, la dote se identifica con la legítima, merced a la cláusula renunciatoria. Es de notar, además, que la mitad de la dote, poco más o menos, se satisface en plazos anuales muy cortos, que oscilan entre 60 y 2 000 rs., según la costumbre de cada valle y la cuantía fijada a la legítima. La razón de esto nos dará el fuero de troncalidad, y el derecho que tiene a recobrar la dote el cónyuge que la aportó, en determinadas condiciones. Lo cual nos lleva como por la mano a explicar el destino que cabe a la dote cuando se disuelve el matrimonio. Hay que distinguir tres casos.

Si el cónyuge que aportó la dote o legítima queda viudo, y abandona la casa del premortuo *para convolar a otro matrimonio,* no dejando sucesión del primero, tiene derecho a que le sea devuelta íntegra dicha dote, la cual en esta previsión le fue *refirmada* o *asegurada* (hipotecada) en bienes raíces de la herencia o patrimonio de su consorte. El recobro de la dote se hace en la misma forma en que se efectuó el ingreso; y ya queda dicho que lo común y ordinario es, con variantes de poca entidad, la mitad de presente, y la otra mitad en cuatro, seis, ocho o más plazos anuales. Además de la dote, *saca* la mitad de los gananciales, si no renunció a ellos, las ropas y alhajas que constan en la cédula arriba citada, en el estado en que en-

tonces se hallasen, y el axobar, *reconocimiento* o donación esponsalicia.

Si el viudo, o viuda, convolase a otro matrimonio fuera de la casa de su primer consorte, dejando en ella sucesión, la regla consagrada por la costumbre es: que se le retenga la tercera parte de la legítima o dote, si se trata de un hijo solo; las dos terceras partes, si los hijos del primer matrimonio son dos; y la totalidad si exceden de este número. En documentos del partido de Jaca he visto acreditadas otras fórmulas que no concretan tanto; ora recobra las dos terceras partes de la dote si deja un hijo, y la mitad si deja más; ora recobra solamente una tercera parte en el primer caso, y el todo si carece de sucesión, etcétera. A veces se exceptúa, según veremos en el capítulo VII, el caso en que la viuda pretendiese contraer segundas nupcias en la casa del premortuo y el Consejo de parientes le negase su autorización. Algunas veces se pacta, y esto es lo común en el Somontano y pie de sierra, la restitución total de la dote aun en el caso de dejar hijos del primer matrimonio; quedando a favor de éstos tan sólo la parte de gananciales correspondiente al cónyuge sobreviviente, y el reconocimiento, excrex, o aumento de dote; aquí la desproporción entre el patrimonio del premortuo y la dote del convolante es mayor, y se considera que aquél por sí solo, sin el concurso de éste, es bastante para dotar la prole. En algunas capitulaciones de la montaña, he observado el buen acuerdo de conferir al consejo de parientes la facultad de determinar el tanto de dote que ha de restituirse al cónyuge sobreviviente al convolar a otro matrimonio: «Si dicha convolación la efectuare dejando hijos, *recobrará su ajuar en el estado en que se encuentre entonces, y la parte de su dote que acuerden dos parientes varones,* los más cercanos, uno de cada parte, y caso de discordia, el dueño mayor que es, o fuere, de la casa de J. G. de esta villa, *quienes se harán cargo, para este efecto, del mayor o menor número de hijos que aquélla deje en la casa,* debiéndose estar precisamente a lo que determinen dichas tres personas, o su mayor parte...».

Si el cónyuge dotado fallece sin hijos, la dote, o legítima que aportó, revierte a la casa nativa, la viudedad o usufructo vitalicio que por fuero corresponde al sobreviviente, si no re-

nunció a él en la capitulación matrimonial, cosa que rara vez sucede. Tres son, principalmente, las variantes del fuero de troncalidad en el Alto Aragón: 1.ª, común en los pueblos del Somontano y del pie de la sierra, en los cuales rige la máxima jurídica *«las dotes son libres»:* el cónyuge dotado, sin hijos, puede disponer libremente por testamento de toda su dote, o legítima (cuya facultad ha hecho posible el «pacto de hermandad» o «agermanamiento» de que me ocuparé más adelante); únicamente cuando aquél fallece intestado tiene lugar la reversión: «Si acaeciese fallecer la contrayente sin sucesión, *y sin haber dispuesto de sus bienes, como podrá libremente hacerlo, la dote aportada tendrá reversión en doblados plazos a la casa de sus padres,* con las ropas en el estado que tuvieren, concluida que sea, natural o legalmente, la viudedad del cónyuge que sobreviva». «Si la dicha Lamberta L. muriese sin sucesión, y no hubiere dispuesto de su dote y ropas, *la mitad tendrá reversión a la casa de sus padres, y el remanente de la otra mitad,* satisfechos que sean los gastos de entierro y sufragios por su alma a uso y costumbre de esta parroquia, quedará en beneficio de su marido». 2.ª, la reversión es forzosa; los donantes se reservan el recobro del todo de la dote, o legítima, para el caso de fallecer sin hijos el dotado, sin que éste pueda darle otro destino, ni sea lícito a los herederos del sobreviviente deducir del total otra cosa que el coste de los funerales y el importe de la donación esponsalicia, o *reconocimiento*; por esto, suele compararse la dote, en el Alto Aragón, a una cosa dada en usufructo, o a un préstamo con hipoteca, sin interés y de por vida: «Es pacto igualmente que si el contrayente M. muriese sin dejar sucesión, *se descontará de su dote los 600 reales del «reconocimiento» que hace a su consorte, y 600 más para funerales y misas, y lo restante volverá a su casa nativa en doblados plazos* que lo hubiere traído, con sus vestidos en el estado en que se hallen». «Por muerte de la futura cónyuge sin sucesión, se le harán los funerales a uso y costumbre de la casa y parroquia, y se celebrarán por su alma cien misas rezadas, deduciendo su importe de la dote, además de las mil pesetas en que «reconoce» a su futuro esposo; y el remanente *revertirá a la casa nativa* en los dos años siguientes terminada la viudedad, etc.» 3.ª, sistema mixto, el más general en la zona

de montañas; de la dote o legítima entregada al hijo o hermano se declara de libre disposición de éste una parte, y de reversión forzosa lo restante: «Por muerte de la futura contrayente sin hijos, o si habiéndolos falleciesen éstos de menor edad, *el donante, o sus herederos, sacarán la dote en doblados plazos, y las ropas en el estado en que se hallen; pero la contrayente podrá disponer libremente de la tercera parte de la dote* en favor de quien tenga por conveniente». «Si quisiese convolar a otro matrimonio fuera de dicha casa, no quedándole hijos, sacará su dote en igual especie y forma que ahora se le manda y constare haberlo traído; del *reconocimiento* que abajo le hace el contrayente, sacará la mitad con el primer plazo de la dote, y la otra mitad con el último. Mas si el recobro de la dote fuese por muerte de la contrayente y falta de sucesión, *los expresados mandantes o sus derechohabientes lo recobrarán en duplicados plazos,* siendo el primero, finado el año de luto; *pero de él habrá de descontarse el coste de los funerales, así como la parte que abajo se le deja libre, si hubiese dispuesto de ella*». «F. y F. prometen al contrayente, por dote y derecho de ambas legítimas, la cantidad de 20 000 rs., *de la cual le dejan libre 5 000 rs.; si muriese sin hijos, volverá a los donantes dicha dote, incluso los 5 000 rs. libres si no hubiese dispuesto de ellos en testamento,* y las ropas según se hallaren». Menos común es otra combinación que declara de reversión forzosa una parte sólo de la dote y adjudica el resto a los herederos del otro cónyuge: «Por muerte de la futura cónyuge sin hijos de este matrimonio, *recobrarán la mitad de la dote los mandantes* (dotantes), *o sus herederos, en doblados plazos que constare haber sido aportada, y la otra mitad quedará a favor del heredero de la casa de los instituyentes*».

Nótese bien la diferencia: el recobro de la dote por convolar a otro matrimonio fuera de la casa nativa del cónyuge premortuo, se hace *en los mismos plazos* y especie en que tuvo lugar la aportación; la reversión de la dote al tronco por haber fallecido sin sucesión el cónyuge dotado, se efectúa en *doble número de plazos.* Esta restitución es muy gravosa para la casa que la sufre, al paso que la otra rescata sumas que había dado ya como perdidas; el objeto de doblar los plazos es aminorar

en lo posible el quebranto de la primera, dándole facilidades para cancelar poco a poco esa obligación; y esto explica que las casas troncales, lejos de oponerse a que los cónyuges *forasteros* aporten sus dotes en muchas anualidades, lo soliciten y exijan, en previsión de que sobrevenga una de las causas de recobro o de reversión y les sea forzoso enajenar o hipotecar bienes patrimoniales; únicamente cuando la casa está muy *atrasada* (por efecto de deudas, etc.), procura que la dote le sea satisfecha en el menor número posible de plazos. En los *matrimonios a cambio* (de un heredero con la hermana de otro y de éste con una hermana de aquél), no se aportan materialmente las dotes que corresponden a los contrayentes, porque siendo iguales, la una se compensa con la otra; pero se fija su cuantía en las capitulaciones matrimoniales, para los efectos del recobro, y en su caso de la reversión: «Y por cuanto dichos matrimonios son *a cambio, señalan,* los referidos sus padres a cada una de dichas contrayentes, la cantidad de 90 libras jaquesas en calidad de dote, cuya cantidad les *aseguran* sus respectivos futuros suegros y maridos, para que, en el caso de enviudar y de convolar a otro matrimonio no dejando sucesión del presente, puedan reclamar las mismas 90 libras y retirarlas de la herencia de los contrayentes...».

Tal es, según la costumbre del Alto Aragón, el fuero de troncalidad en su relación con las legítimas, o dotes necesarias. Puede compararse con el precepto general del Fuero, el cual dice así: «Cum secundum forum antiquum, quando pater vel mater dant aliqua bona alicui ex filiis, et ille filius sine filiis legitimis intestatus decedit, *bona debent devolvi ad propinquiores unde illa bona descendunt,* ut innuit Forus antiquus «de rebus vinculatis»; et ad illam succesionem ipsorum bonorum admittebantur fratres, vel alii propinqui illius defuncti, parentibus, que dictam donationem fecerant, pro suis exclusis; et hoc non erat consonum rationi. De voluntate et assensu totius curiæ, ad declarationem et suppetionem dicti fori antiqui, in perpetuum duximus statuendum: ut de cætero, *si filuis vel filia cui facta fuerit donatio per suos parentes, tempore matrimonii, vel etiam inter vivos, mori contigerit sine liberis intestati, non ad germanos, ved ad alios propinquos, talis defuncti bona, sed*

ad patrem et matrem, qui ipsa bona ei contulerunt, devolvantur. Si vero filius vel filia, cui facta fuerit donatio, decesserit, relictis filiis, intestatus, et illi filii similiter decesserint intestati, vel infra ætatem, bona prædicta donata, si extiterint, ad avum vel aviam, que dicta bona dederunt, *si vixerint*, aliis exclusis, penitus revertantur». *(Lib. VI foror. Regni Arag.*, f. *de successoribus abintestato*, Daroca, 1311). Respecto del fuero de troncalidad en derecho antiguo de Castilla (donde todavía se conserva por costumbre en localidades aisladas, como Trillo, Romanones y Orche, provincia de Guadalajara) y en el de Navarra y Vizcaya, pueden consultarse los tratados generales sobre el derecho patrio escrito. D. León Galindo y de Vera escribió acerca de esta materia una *Disertación* (Madrid 1873), en la cual tiene por «probable la conjetura de que deba su origen a los iberos el derecho, o fuero de troncalidad». Las *leges Wallicae, l'Ancienne Coutume de Bretagne* y el *Fuero Juzgo* y demás Códigos españoles de la Edad Media convienen en consagrar esa institución de derecho, y nos autorizan para incluirla en el número de los principios que importaron los celtas en nuestra Península. No es igualmente fácil decidir si, al tiempo de su primera invasión, regía ya ese principio en las tribus ibéricas, o éuskaras, o si, por el contrario, se introdujo con posterioridad en las costumbres vascónicas por efecto de su vecindad y contacto con las de los verones, celtíberos, cántabros, etc.

En cuanto al *aseguramiento* de la dote, es doctrina que ha venido a refundirse en la de la legislación hipotecaria, lo cual me excusa de detenerme en su exposición. Sin embargo, acaso no haya perdido toda su actualidad, y no holgarán aquí algunas consideraciones.

Dos hipotecas han de constituirse en las capitulaciones matrimoniales: una, que prestan los padres del cónyuge heredero, o directamente éste, en garantía de la parte de dote o de legítima recibida de presente, y de los plazos que vaya recibiendo, para el caso de que proceda el recobro, o la reversión por las causas anteriormente especificadas, aunque sea la mujer la heredera y dueña del patrimonio, ha de asegurar con hipoteca la legítima de su marido, porque no puede éste disponer de ella libremente, toda vez que si fallece sin sucesión, revierte en

todo o en parte a la casa troncal; y además, porque la dote desaparece ordinariamente el mismo día que entra en la casa, invertida en cubrir deudas que gravan el patrimonio; lo mismo ha de decirse, y con más razón, si sobreviven el padre o la madre de la instituida, porque entonces es competencia de éstos la administración. Otra, prestada por los padres o por el hermano mayor del otro cónyuge, en garantía de la parte de dote o de legítima que no es entregada de presente y que ha de satisfacerse en plazos. He aquí una cláusula: «Y los donantes *(de la dote, o sea, los padres de la desposada)*, para seguridad de la parte de dote mandada y no entregada, hipotecan especialmente, por la cantidad que así resulte, una viña sita en... Igualmente, el cónyuge heredero, y sus padres, hipotecan especialmente, para seguridad de la dote citada, la deslindada casa, que constituye la herencia...». De estas dos hipotecas, la primera se renuncia algunas, muy pocas veces; la segunda, con mucha frecuencia. Esta renuncia reconoce por móvil, algunas veces, la confianza; pero más ordinariamente, la repugnancia al pago del «impuesto de derechos reales y transmisión de bienes». Al devengo de 1 por 100 por entrega de dote como anticipo de legítima, se agrega otro 1 por 100 por concepto de hipoteca, y esto realmente constituye una carga demasiado pesada, dadas las condiciones especiales del acto y el estado del país. Registrador he conocido que liquidaba el impuesto por razón de la dote o legítima únicamente, y constituía la hipoteca sin exigir impuesto por ella, pero fue una excepción; lo ordinario en todas las oficinas liquidadoras de los registros es llevar el 2 por 100. Así es que hay notario que aconseja a las partes la no constitución de hipoteca, poniéndoles por delante lo cuantioso del impuesto; y no ha menester en verdad esforzarse mucho para persuadirles, con la perspectiva del provecho inmediato, a que dejen indefensos, y en descubierto, sus intereses. El fisco debiera huir todo aquello que redunde en perjuicio de la paz y del porvenir de las familias; las Cortes debieran declarar exentas del impuesto las hipotecas constituidas por causa de dote.

Eso de constituir hipoteca sobre inmuebles de la mujer a favor del marido por sus aportaciones al matrimonio, es uno

de los rasgos más característicos de la costumbre altoaragonesa y que más se les resiste a los alienígenas. La ley Hipotecaria y la Instrucción sobre el modo de redactar los instrumentos públicos están hechas en vista sólo de la legislación civil castellana, y es natural que sus preceptos resulten a menudo inadaptables al Derecho civil, escrito o consuetudinario de las demás provincias, y sea menester apelar a ficciones que conserven intacto el fondo, debajo del disfraz estereotipado impuesto por una legislación que no tuvo presente toda la realidad. En la familia altoaragonesa no se hace distinción entre varón y mujer; uno y otra entran en ella en condiciones perfectamente iguales. Si la mujer se une a un heredero, lleva una dote, y esta dote se le asegura en la herencia; si el varón casa con una heredera, lleva también una dote, la cual le es asimismo asegurada en los bienes hereditarios de su consorte, porque como los padres de ésta se reservan el señorío mayor y libre administración para mientras vivan, pudieran malversar los bienes que aquél aporta, y hacerse ilusorio el derecho al recobro y la reversión troncal. Pues bien, los notarios se ven obligados, en este segundo caso, a designar la dote del marido con el nombre de *donación*, o de *capital*, y la herencia de la mujer, *dote inestimada*; con cuyo trueque e inversión de términos la popular institución queda desfigurada, a punto de desorientar a los interesados, y en ocasiones, a los mismos Tribunales de justicia. Luego, los registradores no admiten hipoteca sobre los bienes de la mujer a favor del marido, poque la legislación especial del ramo sólo habla de hipoteca legal del marido a favor de la mujer; con lo cual, la reversión troncal de los bienes de aquel puede hacerla imposible ésta en buena parte, cuando entra en calidad de viuda a usufructuarlos, mayormente si consisten en muebles aportados en concepto de sitios (inmuebles). La ley Hipotecaria no ha debido rechazar tan en absoluto las consecuencias que se derivaban del principio del *aseguramiento* altoaragonés. No ofrece menores dificultades el aseguramiento de la dote de un nuevo cónyuge cuando el sobreviviente del primer matrimonio, autorizado por el pacto de *casamiento en casa* (costumbre que estudiaremos más adelante), contrae segundas nupcias sin perder el usufructo foral en los bienes del cónyuge premortuo; nuevo motivo para que se denuncien va-

cíos y lagunas en la legislación notarial e hipotecaria, y nueva demostración de cuánto interesa el estudio del Derecho civil consuetudinario de las provincias.

En la página 176 he adelantado ya lo mucho que embarazan también el ordenado desarrollo de estas costumbres, y amenguan su virtud y eficacia, las trabas fiscales. Huyendo del impuesto de derechos reales y transmisión de bienes, y asustados ante la interminable lista de gabelas que lleva consigo el otorgamiento de escrituras, la liquidación del impuesto y la inscripción en el Registro de la propiedad, hay valles enteros donde las dotes se aseguran mal, o no se aseguran de ningún modo, y donde los padres hacen la institución de heredero verbalmente, o a lo más, en cédulas privadas, con grave riesgo de que el día que los segundones se aperciban de que, no habiendo otorgado sus padres heredamiento ni testamento en forma legal, han muerto intestados, reclamen judicialmente la división de bienes, y llegue la disolución y la ruina al seno de muchas familias que deben a estas costumbres el poder de mantenerse en pie. Cuando sobreviene un intestado en familias de escaso patrimonio (únicas en que este caso suele ofrecerse), los herederos se encuentran imposibilitados de sufragar los gastos que lleva consigo la tramitación prescrita por las leyes Hipotecaria y de Enjuiciamiento, la protocolización de los autos, el devengo subsiguiente del impuesto citado y la inscripción en el Registro; por cuya razón, suele decirse en este país que aquellas leyes sirven de garantía a los ricos, pero desamparan a los pobres, y que, a causa de su misma rigidez igualitaria, reparten el derecho desigualmente, poniéndolo fuera del alcance de los más débiles, negándoles indirectamente la titulación legal de sus bienes y, consiguientemente, la facultad de enajenarlos. Contra una ley que opone obstáculos al libre desenvolvimiento de la vida, encuentra siempre la costumbre remedios más o menos eficaces, o se abre caminos para eludirla, afrontando la sanción penal con que creyó hacer fuertes sus preceptos el legislador. Y no podía mantener ociosa su perenne vitalidad la costumbre en el presente caso.

Cuando no se reparten los herederos legítimos el patrimonio privadamente, y el ayuntamiento no altera las inscripciones del

amillaramiento por el solo dicho de aquéllos, o por el simple conocimiento que tiene del hecho (informalidad que, según parece, se comete con más frecuencia de lo que pudiera creerse, pudiendo repetirse hoy aun cuanto acerca de este extremo decía el ministro de Hacienda en Orden de 10 de diciembre de 1869), proceden del siguiente modo: simulan una discordia, y solicitan acto de conciliación; el juez municipal, de ordinario lego en materia de Derecho, manda citar las partes, y se afana por traerlas a términos de avenencia; al fin se entienden, y acuerdan una división de bienes; se hacen constar en el acta los términos de esa división, y el secretario del ayuntamiento la admite, como si fuere documento público traslativo de dominio e inscrito en el Registro, para inscribir en el amillaramiento los bienes del causante a nombre de los causahabientes; luego, cuando tienen necesidad de transmitir alguno de sus inmuebles, instan expediente judicial de posesión, remontando tal vez la adquisición a fecha en que no devengaban las herencias el impuesto de transmisión de bienes (pues sobran doquiera testigos que no repugnan el perjurio cuando se trata de defraudar al Tesoro público); y ya tienen con esto título suficiente para obtener inscripción de posesión, otorgar escritura de compraventa e inscribirla en el Registro. Idéntico camino se sigue a menudo respecto a la adjudicación de fincas hecha por un deudor a su acreedor en pago de débitos, acto de conciliación; inscripción en el amillaramiento con vista del acta; expediente posesorio, en el cual se rebaja escandalosamente el tanto de la adjudicación, si es que no se hace figurar como adquirida del padre, o abuelo del acreedor, en remota fecha aquella finca que realmente le fuera adjudicada meses antes por un extraño; y por este medio se evitan dos inscripciones en el Registro, y el pago de dos cuotas al Estado por otras tantas transmisiones. En dos distintos partidos judiciales se me ha dado noticia de tan ingeniosa costumbre, a la cual puede poner coto el legislador, mejor que extremando los castigos, reformando el procedimiento. Que el impuesto del papel sellado en los juicios de abintestato sea proporcional a la cuantía de la herencia y a la parte que cada interesado lleve del caudal hereditario; que se declaren exentas del impuesto las herencias de poca consideración, como lo están en otras naciones; que se simplifique el

expediente de posesión, reduciéndolo a una mera hoja posesoria, expedida por el ayuntamiento, cuando sólo se trate de acreditar la posesión para otorgar capitulaciones matrimoniales, u otras escrituras de transmisión, teniendo en cuenta el espíritu que dictó los artículos 400 y 401 de la ley Hipotecaria, ahora derogados; que se transfieran al juez municipal los juicios necesarios de testamentaría, las informaciones judiciales sobre intestatos, y la facultad de dictar las consiguientes sentencias ejecutorias de declaración de heredero cuando el finado no ha dejado sino descendientes, ascendientes, cónyuge o colaterales dentro del cuarto grado, y no exceda de la cantidad fijada para los juicios verbales (o de un tipo mayor) el valor de los bienes que correspondan al mayor interesado en la herencia, desarrollando al efecto el pensamiento que presidió a la reforma del artículo 21 de la ley Hipotecaria (ley de 17 de julio de 1877, art. 1.°; Real orden de 20 de mayo de 1878, art. 1.°) —reforma cuya insuficiencia está acreditando la práctica—, y la tendencia que revelan los artículos 218 y 1162 de la ley de Enjuiciamiento civil, el 397 de la Hipotecaria y otros; que se introduzca de una vez en nuestro Derecho general el Consejo de familia, y se le conceda una participación prudencial en la liquidación y partición del caudal hereditario; y se habrá quitado todo pretexto a esa conjuración sorda y permanente que coloca fuera de la ley civil a una gran parte de la nación, esteriliza los propósitos del legislador, desautoriza a la autoridad, empobrece al Estado, desmoraliza la conciencia pública, y mantiene enferma, y hondamente perturbada, la vida social.

Notas

[51] Este hecho general sufre alguna excepción en aquella zona que dijimos intermedia, el «pie de la sierra»: así, en Ayerbe, los instituyentes obligan a su sucesor, o heredero universal, a dotar a sus hermanos *«en metálico o en hacienda, a elección del heredero, según el estado de la casa, a justa tasación, ni de lo mejor, ni de lo peor de la casa»*, o bien, «en dinero, o en fincas de todas clases, buenas, malas y medianas». El heredero propende, como es natural, por conservar entero el patrimonio: si dispone de metálico, si, por ejemplo, ha disfrutado dos o tres años de buena cosecha, satisface en metálico las dotes o legítimas; si carece de él, y el hermano, o hermana a quien ha de heredar, se establece en el pueblo, se resigna a desprenderse de una o de varias suertes de tierra. La otra parte pone a veces por condición que no se le ha de dar tierra en tal pago, o término del distrito, a causa de su mala calidad. Ha resultado de aquí una división excesiva de la

propiedad, que recuerda la de Galicia, y que dista mucho de satisfacer las condiciones del ideal. Además, atribuyen algunos a esta circunstancia el espíritu francamente democrático y republicano que domina en aquella población, libre, por fortuna suya, de la lepra del caciquismo.

52 He aquí los términos de una escritura de renuncia: «Y dicen, que el compareciente J. L. es heredero único de todos los bienes de su difunto padre J.J., fallecido hace 22 años, y que *en atención a las muchas obligaciones que gravitan sobre la herencia a favor de los diferentes miembros que componen la familia,* hace renuncia de aquélla en favor de su tío T. J. con las condiciones siguientes: los abuelos del renunciante J. J. y M. G. y su madre T. L. han de ser durante sus vidas usufructuarios y señores mayores de dicha universal herencia; sus seis tíos de parte de padre, A., P., F., J., J. y M., sus tres hermanos consanguíneos, O., F. y J., y el hermano de su abuelo, G. J., serán mantenidos sanos y enfermos, vestidos y calzados, con todo lo necesario a la vida humana, y dotados a poder y haber de la casa si tomasen estado, siendo obedientes y trabajando hasta entonces en beneficio de ella; el renunciante será mantenido en las mismas condiciones que sus tíos y hermanos, y el nuevo heredero se obliga a facilitarle el día 18 de octubre próximo 160 pesetas, para que negocie con ellas *(principio de cabal)*, y 1 500 pesetas por vía de dote cuando tome estado, o lo que falte al *cabal* que hubiere logrado reunir para completar esa cantidad».

53 En otro tiempo la tuvo tan grande, esta institución del cabal o peculio, que casi suplantaba del todo a dotes y legítimas, subrogándose en lugar suyo. En una escritura antigua leo: «Item, fue pactado que los hijos que tienen los donantes y los que Dios les diere en adelante, sean casados y dotados según la posibilidad de dicha casa, *los varones puedan en ella caudalear a uso y costumbre del país y las hijas sean dotadas según la posibilidad de la misma casa* de M., de dicho lugar de Cornudella».

Hoy esto ha cambiado, y únicamente se toma en cuenta el cabal para completar la dote; casos hay ya en que hasta se prescinde de él, fijándose un tanto alzado por dote, independientemente de aquel: «Item, es obligación del heredero dotar a sus cuatro hermanos, dando a cada uno 420 rs., *sin contar como parte de dote el caudal propio que por acaso tuvieren,* cuya cantidad queda hipotecada en el deslindado huerto».

6. Capítulo Disposiciones relativas a los demás miembros de la familia

Hasta aquí hemos examinado el «heredamiento universal» y las «dotes o legítimas»; pero no se agota con esto el contenido de las capitulaciones matrimoniales por lo que atañe a los hijos y a los hermanos y demás miembros colaterales de la familia. La previsión de los capitulantes se extiende mucho más; también abraza las situaciones especialísimas, naturales o civiles, en que esas personas pueden encontrarse, haciéndoles tomar disposiciones en consonancia con ellas, las cuales imponen como una condición del heredamiento. Ya son hijos, o hermanos célibes, que no han de salir nunca de la casa nativa, ni extraer de ella la dote o legítima que les compete; ya hijos casados fuera de ella, en peligro de enviudar sin bienes de fortuna; ya hijos que siguen una carrera, o que la han terminado, con fundado temor de que les sea un día improductiva; ya menores de edad, o dementes, o insensatos, incapacitados temporalmente, o a perpetuidad, para regir su vida como sujetos de derecho y gestionar sus intereses, o ganar su sustento. Tan varios como la vida, y la vida lo es al infinito, son en esta parte los estatutos domésticos. Exhibiré como muestra algunos, para que se pueda formar por ellos idea del conjunto.

Ya hemos visto, y es costumbre general al instituir heredero, aquella cláusula del heredamiento en que se le obliga a proveer al sustento de sus hermanos y tíos que todavia no se hayan desprendido del tronco de la casa nativa. A veces se especifican los nombres de tales personas y los derechos reconocidos a cada una, para que sea más firme y menos ocasionada a litigios la obligación. «Declara el renunciante *(un heredero que renuncia la herencia)* que tiene seis tíos, hermanos de su padre *(tiones)* llamados A., P., F., J., L. y M.; Javierre, tres hermanos de parte de padre O., F., J., y un tío hermano de su abuelo *(otro tión)*, los cuales han de ser mantenidos sanos y enfermos, vestidos y calzados, con todo lo necesario a la

vida humana[54], y si tomasen estado, dotados al haber y poder de la casa, siendo obedientes y trabajando en beneficio de ella, etcétera.» «Item, es pacto que a J. F., hermano del contrayente A. F., se le tenga y mantenga en la casa y compañía de los contrayentes con todo lo necesario a la vida humana, hasta que muera o tome estado, y entonces le sirva de dote el caudal, como cabalero que es, adquirido por sí con las diez libras jaquesas que para ello se le dieron; y lo mismo deberá hacerse con F. F. *(tión),* hermano del instituyente, y cuando muera, se le harán los sufragios con su propio caudal, y si no lo tuviere, a expensas de la casa, según uso y costumbre de ella...» «Se le instituye heredero con la obligación de asistir y alimentar, sana y enferma, con todo lo necesario a la vida humana, a M. T. Favin, hermana de dicho difunto y tía del contrayente, atendiéndola como es debido y con el respeto y veneración que se merece...» «Con la obligación de que los dichos mandantes (instituyentes) A., Y., sean mantenidos con todo lo necesario, y sin que les falte cosa alguna, ora se hallen sanos, ora se incapaciten para el trabajo, y lo mismo ha de entenderse con respecto a F. y su mujer L., pues si éstos se imposibilitasen, deberán ser igualmente mantenidos de los referidos bienes.» El complemento de esta disposición es, naturalmente, el Consejo de parientes para el caso de que no cumplan lo preceptuado los sucesores o herederos; pero, desgraciadamente, no siempre llega a tanto la previsión: «Declaran los instituyentes que el nombrado heredero tiene en su compañía un tío llamado A. y un hermano llamado E., los cuales deben ser mantenidos con todo lo necesario a la vida humana... y que si el A. no tomase estado, y *por el heredero o los suyos se le diere mala vida, a juicio prudente de dichos parientes consanguíneos,* podrán autorizarle éstos para retirarse de la casa y vivir separadamente, *obligando al heredero o a los suyos a entregarle de dos a cuatro reales diarios,* y en caso de discordia, la dirimirá el cura que sea del lugar de A». Esta escritura pertenece al valle de Fiscal; también en el de Benasque se me ha dicho que es común la aplicación del Consejo de parientes o de amigos («los herederos que sean de las casas A., B., C.») a la designación de la dote y al cuidado de los hermanos del heredero, a los cuales ha de aprontar de dos a seis reales diarios si, a juicio

del dicho consejo, les escatimase lo necesario. Algún tanto modificados los términos, resalta el mismo principio en el siguiente pacto de otra capitulación: «Los tres hijos solteros F., Z., M., serán dotados, cuando tomen estado, en la misma cantidad que lo fueron las hijas A., B., que ya están casadas, si la casa se mantuviere en igual situación económica que al presente; *pero si aquéllos desean vivir separadamente y establecerse por su cuenta, y su padre, hermanas y esposos de éstas lo juzgaren conveniente,* se les entregará la cantidad que por legítima les corresponda, renunciando en tal caso a todo otro derecho sobre su casa nativa».

Medie o no renuncia, los padres piadosos, previsores y atentos al porvenir de sus hijos les dejan abierta siempre la puerta de la casa nativa para que, en la desgracia, puedan acogerse a ella por derecho propio y no por misericordia del heredero que les haya sucedido en la representación del tronco y apellido. Para mayor claridad, pondré algunos ejemplos. En una escritura moderna se lee: «*En el caso de que por las vicisitudes de los tiempos variasen las circunstancias —lo que no es de esperar—, y los presbíteros F. y N., hermanos del contrayente* (heredero) *careciesen de lo necesario para sostenerse con la decencia y decoro que corresponde a su clase sacerdotal,* deberá aquél asistirles y contribuirles con el todo, o parte de lo que necesitaren; y *si se viesen obligados a retirarse a la casa del herencio* (sic: troncal o nativa), *les ha de franquear las habitaciones más decentes de la casa,* alhajándolas con todos los muebles que falten y les sean necesarios; y en todo caso, los sustentará y vestirá conforme a las facultades de la casa». «*En razón a que el otro hermano ha terminado su carrera eclesiástica y no necesita dote,* se estipula, respecto de él, que lo mismo ejerciendo curato como sin ejercer, y en cualquier tiempo y condición en que se encuentre, *tendrá derecho a vivir en la casa del heredero, y a que se le mantenga con todo lo necesario a la vida y con arreglo a su clase;* y al objeto de garantizar lo pactado con respecto a él, se estipula que *no pueda venderse ni empeñarse cosa alguna, sin su consentimiento* por el heredero, una vez que hayan fallecido los instituyentes». «Item, con la obligación de asistir con todo lo necesario a F.,

hermano de los instituidos, en la carrera que sigue, siempre que aproveche como hasta ahora, que se halla en estado de ordenarse, y persevere en sus buenos propósitos, así como también constituirle el patrimonio necesario; *mas si desistiese de los dichos estudios, deberá dotarlo a poder y haber de la casa, a fin de que pueda acomodarse en otro destino, etc.*». «El contrayente y los que le sucedan en el dominio o usufructo de la casa, estarán obligados a mantener sanos y enfermos a A. y D., y entregarles la legítima paterna y materna cuando tomen estado, y *gastar hasta 2000 pesetas para redimir la suerte de soldado al último, o entregárselas si quiere cumplirla personalmente;* pero trabajando mientras tanto en beneficio de la casa, *si no estuvieren impedidos para ello.* El señalamiento de la legítima se hará de común acuerdo entre donantes e instituyentes, y si hubiesen fallecido los dos primeros, los representarán F. y Z. o los que les hubiesen sucedido en sus respectivas casas». «Se le instituye con la precisa condición de haber de asistir sanos y enfermos, con lo necesario a la vida humana, a sus hermanos M., J., B., O., A., R., e *igualmente al citado N. si, retirándose del servicio de Su Majestad, en que se halla, volviese a la casa,* y dotarlos, etc.». En una capitulación matrimonial antigua encuentro la siguiente cláusula, que no he visto en ninguna moderna: «*Si María López, hermana mayor del heredero, mujer de Juan Hederra, en cualquier tiempo y forma quisiera retirarse a vivir en la casa nativa,* no podrá en manera alguna impedírselo el dicho heredero, antes bien, en tal caso, deberá sustentarla sana y enferma, vestida y calzada, médico, medicina y lo demás necesario para el sustento de la vida humana; pero deberá restituirle al dicho su hermano cincuenta libras jaquesas de las ciento que llevó en dote, no pudiendo disponer sino de las cincuenta restantes...».

Vengamos ahora a los menores. Ya en el capítulo III anticipé una noticia que aquí tiene su lugar más propio: el derecho de tutela no se ha desarrollado, ni se ha generalizado la aplicación a él del Consejo de familia, en las costumbres jurídicas del Alto Aragón. La razón de este fenómeno es muy compleja, y reside acaso en el Fuero general aragonés. 1.° En primer lugar, el estatuto constitucional que rige casi en absoluto la

vida interior del hogar, desde la celebración del matrimonio hasta mucho después de su extinción, y es al mismo tiempo campo fertilísimo donde se desarrolla el Derecho consuetudinario, es la capitulación matrimonial; y cuando esta capitulación se discute y otorga no hay menores todavía. 2.° Por derecho aragonés, nadie puede separar a los pupilos del lado de la madre, o del padre viudos, aun cuando contraigan otro matrimonio, y aunque el cónyuge premuerto o el juez hayan nombrado tutor al menor, a menos que los pupilos careciesen de bienes, y el padre o madre no quisieren alimentarlos. Si fallecen los dos padres, el juez nombra dos tutores, uno de entre los parientes del huérfano por la línea paterna y otro de la materna, para que cuide cada uno de los bienes que provienen de la que le es propia (obs. 1 y 3 *de tutoribus:* ff. 1 y 2 *de alimentis*). 3.° La menor edad concluye en Aragón a los catorce años, tanto para los varones como para las hembras; el que ha pasado de esa edad puede presentarse en juicio sin necesidad de licencia, otorgar poder a pleitos para causas civiles, marcharse de la casa paterna, disponer de los bienes muebles en todo caso, de los inmuebles por testamento, o codicilo, sin licencia de sus padres, y siendo casado, por donación, venta, etc.; la tutela termina a los catorce años, y para los mayores de esa edad no hay curaduría; si son solteros y necesitan vender alguno de sus bienes raíces, los autorizan sus padres, y en defecto de éstos, el juez (f. *ut minorum* XX *annorum,* f. *de contractibus minor.;* f. *de liberat, et absolut.* etc.; obs. 6 *de tutoribus;* f. *que los menores de veinte años*). 4.° Ya por fuero es exigido el Consejo de dos parientes del menor para que el pupilo que tenga tutor, aun cuando sea mayor de catorce años, pueda hacer quita liberación y absolución de toda responsabilidad al tutor (f. único *de absolutionibus et liberat. tut. per min. faciendis).* No es esto decir que sea desconocida, en Derecho consuetudinario altoaragonés, esta institución; sabemos ya que al Consejo de parientes corresponde el nombramiento de heredero, o sucesor en la casa troncal, cuando no ha sido nombrado antes del fallecimiento del causante, y el señalamiento de dotes o legítimas a los demás hijos e hijas si no se conforman con la que les ofrezca aquél en cada caso. En el capítulo VIII explicaré cómo esos mismos parientes están autorizados para

conceder al cónyuge viudo segundo matrimonio, con prórroga del usufructo foral sobre los bienes del premortuo; nada, pues, más natural que se dilaten esas facultades y se encomiende al Consejo de familia el cuidado de las personas y de los intereses de los menores.

Y con efecto, parece que en algunas comarcas es común esta cláusula: «*Los indicados parientes* (el Consejo de familia) *serán tutores, y en su caso curadores, de los hijos que lo necesitaren, con plena relevación de fianzas*». Pero es más general que la guarda de menores vaya comprendida como una condición implícita en la cláusula de institución de heredero, o en la de consentimiento de ulteriores nupcias al cónyuge supérstite: «Instituirán heredero los parientes a uno de los hijos, *pactando respecto de los demás lo que les parezca más conveniente*». «Otorgarán o negarán el consentimiento de segundas nupcias al viudo, *teniendo en cuenta la mejor educación y bienestar de los hijos, etc.*». Una escritura matrimonial otorgada en el valle de Broto en 1603 contiene la cláusula siguiente, que no es ciertamente modelo de literatura ni de bien ordenada construcción, pero cuya lectura agrada sobremanera, porque se ve en ella el sentido común jurídico razonando el Consejo de familia y discurriendo en un breve preámbulo acerca de las causas que hacen necesaria esa institución, y de las atribuciones amplísimas que sin peligro se le pueden reconocer: «Item es pactado y concordado entre las dichas partes que, en caso de que, lo que Dios no mande, muriese la dicha María Maza y el dicho Pedro de Antín, los dos juntos o cualquiera de ellos por sí, quedándoles hijos menores de edad, los cuales no podrían gobernar sus bienes y hacienda, de tal suerte que sería meter en peligro de perderse toda la hacienda o la mayor parte de ella, y se ha visto por experiencia muchas veces que, siendo de esa manera, se hallan los deudos de los tales pupilos muy confusos del reparo que en las tales haciendas se puede poner, no pudiendo hacer cosa alguna con seguridad sino con asenso del juez, y aun con todo lo dicho se pretende no es con firmeza y seguridad el hacerlo con asenso de juez; por tanto, para evitar todos los sobredichos inconvenientes y dificultades que podrían ofrecerse, queremos y es nuestra voluntad que si muriésemos nosotros los

sobredichos, y en especial el dicho Pedro de Antírr, y le quedasen hijos e hijas del presente matrimonio, menores de diez años, y la dicha María Maza no se atreviese a sustentar dichos bienes y criar dichos hijos o hijas que del presente matrimonio hubiesen quedado, que en ese caso *queremos que se junten cada dos deudos de ambas partes, así de parte paterna como de la materna, que sean de los más propincuos, y aquéllos vean y miren lo que convenga para beneficio de los dichos pupilos y conservación de la hacienda;* y les encargamos a los tales deudos mucho sus conciencias, que se miren bien en dichos pupilos, y si les parecerá que para beneficio de los dichos pupilos y hacienda convendrá renunciar los dichos bienes en otras personas deudas nuestras, o de cada uno de nos, y que el tal o tales se encarguen de sustentar dichos bienes y hacienda y criar y alimentar dichos pupilos y darles algo para llevárselo cabo adelante, lo pueden hacer, *dándoles, como por tenor de los presentes les damos, tan cumplido y bastante poder como si nosotros lo hiciésemos, sin tener necesidad para ello de asenso ni decreto de juez, sino de su propia autoridad,* pues en ello se mirarán como buenos de unos, según es razón, y se les encarga sus conciencias». Tal es el lenguaje que usan dos numerosas familias congregadas en torno de un notario hace cerca de tres siglos, estatuyendo un régimen para gobierno de los menores que pudiera dejar huérfanos en el mundo un matrimonio no contraído todavía. Declaran en primer lugar que el sobreviviente de los dos será el tutor nato de los pupilos, pero si no se reconoce con fuerzas para criarlos por sí y gobernar la casa, se haga cargo de este gobierno el Consejo de familia, sea directamente, sea por medio de uno o más tutores elegidos por él, sin intervención ni aprobación de juez; y es conmovedor, en medio de la rudeza balbuciente del lenguaje, el llamamiento que hacen a la conciencia de los miembros del Consejo, no para que acepten ese cargo, que esto lo dan ya por supuesto, habiéndolo hecho obligatorio la costumbre y hallándose tan vivo en este país el espíritu de familia, sino para que se lleven bien en el desempeño de su cometido, y gestionen los intereses de los pupilos con el mismo celo y solicitud con que gestionarían los propios. Como la ley no impone la más leve sanción penal al cargo de Consejero, ni lo conoce siquiera, los institu-

yentes apelan a los sentimientos de piedad de sus parientes, recordándoles aquella otra sanción, verdaderamente indefectible, de ultratumba. Otra capitulación matrimonial de fecha recentísima estatuye que: «*El cónyuge sobreviviente será tutor*[55] *de los menores,* con relevación de fianza; y por muerte de ambos sin dejar hecho nombramiento de tutores, desempeñarán ese cargo, también con relevación de fianza, los parientes por el siguiente orden: el padre del contrayente, la madre del mismo, el hermano varón mayor de edad de aquél, el mismo hermano de la contrayente; en defecto de ellos, las hermanas mayores de edad por el mismo orden». Es lo que suele hacerse: un pariente del lado del marido y otro de parte de la mujer. Algunas veces se especifican más sus atribuciones, y se pone por condición para enajenar bienes de menores que declare su necesidad el Consejo de parientes; pero, por punto general y fuera de esto, es lo cierto que no se ha desarrollado en materia de tutela la doctrina jurídica del Consejo de familia, y que ha conservado la vaguedad con que se anuncia en los Códigos europeos antiguos.

Más previsores son los instituyentes, y la razón es obvia, al nombrar sucesor, si existe en la casa algún miembro de la familia lisiado, demente, mentecato, o de cualquier otro modo incapacitado física o moralmente. Si el heredero en cualquier tiempo les escatima lo necesario, o no los trata con la consideración debida a su estado, el Consejo de parientes los apartará de su compañía y les asignará una pensión vitalicia a expensas de los bienes de aquél: «*Y por cuanto la Isabel goza de poca salud, hallándose demente a temporadas, convienen que en el caso de que por el heredero que ahora instituyen, y por los que le sucedan, no se la asista y atienda con todo lo necesario y debida consideración a su estado,* como sus padres desean, dos parientes, los más cercanos, uno de cada parte, y el párroco o regente de Aísa en discordia *(empate)*, juzgarán si es cierto el mal trato, dispondrán su traslación a otra parte donde convenga, y le señalarán lo necesario para sus alimentos, que será cuando menos dos reales diarios y cama compuesta de todo lo necesario; todo lo cual será cargo de quien a la sazón sea heredero de la casa». Un testador, al otorgar su última voluntad,

dice: «Los citados parientes fideicomisarios, junto con mi esposa, instituirán heredero universal a uno de mis hijos, imponiéndole como condición la de alimentar y dotar a sus hermanos y hermanas, *y de asistir hasta su muerte con todo lo necesario, conforme a su estado de incapacidad,* a Raimunda; y si en algún tiempo faltare a esta obligación, le asignarán sobre los bienes de la herencia cuatro reales vellón diarios, etc.».

Notas

54 Esta cláusula, que con tanta frecuencia nos sale al paso, se halla en consonancia con el f. 1 *de alimentis,* según el cual, *los alimentos* consisten en *comida, bebida, vestido y calzado.* Exactamente lo mismo dice la Part. IV, tít. 1, ley 2.ª, que añade: *é todas las otras cosas sin las quales no pueden los homes vivir.*

Antes de la ley de matrimonio civil era ya jurisprudencia admitida universalmente en Aragón que el hermano *heredero* viene obligado a alimentar a sus hermanos necesitados, y que los sobrinos sucesores del heredero universal están en igual caso con respecto a sus tíos carnales (Vid. Sessé, *Decis.* 289, y Franco de Villalba, Comentarios al f. 1 *de alimentis,* que citan sentencias). Es de creer que semejante jurisprudencia dimanase de esta costumbre de las capitulaciones, donde se impone aquella obligación.

55 En Aragón existe la *tutela* de los padres, pero no la patria potestad: *de jure regni non habemus patriam potestatem* (obs. 2 *ne pater vel mater pro filio teneatur*). La naturaleza de esa tutela difiere sobremanera de la que caracteriza la patria potestad de Castilla, según se echa de ver por las consecuencias que de ella deduce en sus aplicaciones el Fuero, y de las cuales es la principal ésta: los hijos hacen suyo cuanto adquieren.

7. *Capítulo* Aventajas, reconocimiento, gananciales, viudedad

Como preliminar para tratar con el debido detenimiento de la importante institución consuetudinaria conocida en el país con el nombre de *casamiento en casa,* que será objeto del capítulo siguiente, me ha parecido útil apuntar algunas observaciones sobre aventajas forales, reconocimiento, gananciales y usufructo o viudedad foral, y su relación con las instituciones afines, por derecho de Castilla.

Por *aventajas forales* se entiende aquellas cosas que el cónyuge sobreviviente puede sacar, por fuero, de la masa de bienes comunes antes de la división. No es extraña esta institución al derecho castellano: encuéntrese en los fueros municipales de Cáceres, Cuenca, Salamanca y otros, con el nombre de derecho de viudedad; encuéntrase también en el Fuero Viejo, si bien algún tanto involucrada con la doctrina de las arras. Según el fuero de Cáceres, la viuda debía llevar una casa de doce cabriadas, una tierra de dos cahíces de sembradura, una aranzada de viña, un turno quincenal en el molino, un asno, una mora o un moro, un lecho, dos bueyes, una puerca, etc. Según el Fuero Viejo de Castilla, lib. V, tít. I, leyes 1.ª, 2.ª y 5.ª: «Todo fijodalgo puede dar a sua mujer donadío á la hora del casamiento... é el donadío que puede dar es este: *una piel de abortones... é una mula ensillada é enfrenada, é un vaso de plata, é una mora...* é esto solían usar antiguamente. Todo fijodalgo puede dar á sua mujer en arras el tercio del eredamiento que a...; é quando el marido murier, puede ellar levar *todos suos paños, é suo lecho, é sua mula ensellada é enfrenada,* si la adujo, ó si ge la dió el marido, ó si la eredó de otra parte... Si un caballero ó dueña son casados en uno, é se muere la dueña, é partier el caballero con suos fijos del mueble, puede sacar el caballero de *mejoría* suo caballo é suas bestias é suas armas de fuste é de fierro, é si murier el caballero, puede sacar la dueña fasta *tres pares de paños de mejoría* si los ovier, *é*

una bestia para acémila, la mejor que ovier...». Vengamos a Aragón. El fuero 2.° *de jure dotium* (Huesca, 1247) previene: «in divisione tamen aliarum rerum, debet ipsa (vidua) habere *suas vestes integre atque joyas; et unum lectum paratum* optime de melioribus pannis qui sunt in domo; et *unum vas argenti et unam captivam, et unam mulam de cavalgar,* si totum habuerit ibi; debet etiam habere *duas bestias de arada* cum suis apparatibus, si vaciunt laborare...[56]». La costumbre de sacar estas aventajas o mejoría venía de muy antiguo *cum secundum forum antiquum...* dice otro de 1307, en que se reconoce al marido el mismo derecho, de que antes carecía (fuero «de rebus quas mortua prima uxore, etc.», modificado por otros dos de 1348, «de adevantagiis quas uxore præmortua, etc.», y «de rebus sive adevantagiis quas vir, etc.»); en parecidos términos hemos visto que se expresa el Fuero Viejo: *é esto solían usar antiguamente.* Esta circunstancia, y la identidad de texto que se observa en el Fuero castellano y el aragonés, son motivo bastante para inducir la existencia de esa costumbre en casi toda la Península antes de la redacción de uno y otro Código, y su descendencia del primitivo derecho de la Península. En un fragmento que ha llegado hasta nosotros, de la descripción que Diodoro de Sicilia hacía de las bodas de Viriato, se hace figurar extraordinaria riqueza de vàsos de oro y plata, y la mujer, a seguida de la ceremonia religiosa, es montada en un caballo (Diod. Sic., lib. XXIII, § 7.°); en la Edad Media, era también privilegio de las novias solteras el cabalgar desde el templo a la casa, terminada la ceremonia nupcial (Fueros de Cáceres, Salamanca, etc., apud Martínez Marina, *Ensayo,* t. I, §§ 55-60), y práctica general, entre familias acomodadas, que el novio o los padres de la novia diesen a ésta un vaso de plata y una mula (*Fuero Viejo,* sæpe).

Hoy, en el Alto Aragón, ha perdido casi toda su importancia esta curiosa institución, sea por la costumbre del «casamiento en casa», o por otros motivos. Generalmente, se renuncia a las aventajas forales antes ya de celebrar las bodas: «*los* contrayentes, promiscua y recíprocamente, *se renuncian* el derecho de viudedad foral, partición de bienes, y *aventajas forales* que el uno en los bienes del otro puediera haber, pretender

y alcanzar». Cuando no las renuncian, casi siempre quedan limitadas a las ropas y joyas aportadas al matrimonio y a las de su llevar: «Si la contrayente convolare a otro matrimonio dejando hijos en la casa, *recobrará su ajuar,* según resulte de la cédula que se firmará, pero en el estado en que se encuentre entonces...» «Por muerte de la contrayente sin hijos, o si, habiéndolos, fallecieren de menor edad, el mandante de la dote o sus herederos *recobrarán la dote y los vestidos* en el estado en que se halle». Por este lado, la costumbre va más lejos que el fuero; según éste, el derecho de sacar aventajas es personal en la mujer, no se transmite a sus herederos si no sobrevivió a su marido; sí lo adquieren los del marido, aunque fallezca éste antes que su mujer (obs. 3 *de secundis nuptiis*); de modo que pueden concurrir a sacar aventajas los herederos del marido y la mujer o los suyos, pero no los herederos de la mujer con el marido.

Lo que en el Alto Aragón se denomina *reconocimiento,* lo designa el fuero aragonés con los nombres de *firma de dote, excrex, axobar, aumento de dote,* y simplemente dote, y el Fuero Juzgo, el Fuero Viejo, los fueros municipales y las Partidas con el nombre de arras; sin que por esto sea idéntica la naturaleza de las *arras,* de la *firma de dote* y del *reconocimiento.* Según el Fuero Viejo, «todo fijodalgo puede dar a su mujer en *arras* el tercio de su heredamiento, las cuales hace suyas no volviéndose a casar, y si place a los herederos, porque si no, deben dar a ella 500 sueldos e entrar sua heredat; non las pueda ella vender nin enajenar en todos suos dias, mas cuando casare o finare debe tornar a los herederos del muerto...»; hoy rige la doctrina del Fuero Real, de acuerdo en este punto con el Fuero Juzgo (F.R., tít. II, libro III, leyes 1.ª a 5.ª); según él, las arras no pueden exceder del décimo de cuanto posea el marido; si no tiene hijos, la mujer dispone de ellas libremente; si los tiene, sólo de la cuarta parte; si muere intestada y sin hijos, vuelven al marido o a sus herederos; sólo pueden constituirse arras antes de celebrarse el matrimonio. Hasta la disolución de éste, administra las arras el propio marido, pero no puede venderlas, aun con consentimiento de la mujer, ni tampoco después de muerta ésta si le quedaron hijos. Según

la ley 50 de Toro, no es renunciable esa del Fuero Real que trata de las arras; si la mujer no tiene hijos y no dispone expresamente de las arras, pasan a los herederos de ella y no al marido. Conócense, además de las arras, las *donaciones esponsalicias*, que pueden ser mutuas, pero que, lo mismo que en Roma y Germania, rara vez se hacen por la mujer al marido (Cód., lib. V, tít. III, cap. *de donat. ante nupt.*; Tácito, *de mor. germ.*; Partida IV, tít. XL, ley 3.ª); la mujer o sus herederos hacen suyas las donaciones hechas con anterioridad al matrimonio si no hubo arras; y si las hubo, ha de escoger una u otra de las dos cosas, muerto que sea el marido; en el siglo XVI se limitaron esas donaciones a la octava parte de la dote que llevó la mujer. La *firma de dote* del fuero aragonés, es la finca o fincas o cantidad de dinero en que el marido dota a su mujer cuando casa con soltera; antiguamente consistía en fincas, hoy es lo más común que sea en metálico. Puede dotarla en todos sus bienes, constituir y aumentar la firma en capitulación matrimonial, en testamento y en toda otra clase de documentos durante el matrimonio. Es costumbre en Aragón, según La Ripa, que consista en una cantidad igual a la tercera parte de la dote que lleva la mujer (lo mismo que en Castilla por Fuero Viejo). Esa «firma» entra en el dominio absoluto de la mujer, como caudal enteramente libre, sin que tenga parte en ella el marido ni los herederos de éste (obs. 5 *de secundis nupt.)*, y por esto, en defecto de hijos, la adquieren los parientes derechohabientes de aquélla, no el marido ni los suyos, aunque sobre esto suscitan dudas algunos, entendiendo que también en Aragón se rige esta donación por el principio de troncalidad (vid. *Derecho y jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con el de Castilla,* por dos abogados de Zaragoza, pág. 449 y siguientes). Sin embargo, suele pactarse en Aragón, según La Ripa, que caso de no haber sucesión, la mujer disponga únicamente de la mitad, y el resto ceda en beneficio del heredero o de sus derechohabientes. Como consiste en metálico, ni siquiera viudedad alcanza en ellos el marido, si no se pactó expresamente, o no se llevó los muebles en concepto de sitios, pues ya sabemos que la viudedad foral sólo se extiende a los bienes sitios o inmuebles. Al practicar la división de bienes, de la mitad correspondiente al marido se saca la cantidad a

que asciende la firma de dote; si no alcanzan, de los adquiridos por él a título lucrativo durante el matrimonio, o de los demás que poseyere (obs. 5 *de secundis nupt.*; Franco y Guillén, art. 109). La importancia que tiene esta institución en Aragón, se infiere del hecho de facultar la ley a la mujer para compeler a su marido a que la dote según su calidad (obs. 3 y 50 *de jur. dot.*), y de que para constituir esa firma, hasta podían desvincularse los bienes vinculados (f. 8 *de jur. dot.*). También en Aragón se conocen los regalos, o *donaciones esponsalicias:* si el esposo da joyas a la mujer, las lucra ésta en su totalidad, si él o ella muere antes de la consumación del matrimonio (obs. 46 *de jur. dot.*), en lo cual se diferencia del derecho castellano; si premuere el varón, también son de la mujer su totalidad tratándose de vestidos y joyas. Idéntica ley rige para los regalos hechos por la mujer al marido antes de la consumación del matrimonio.

La razón de la *firma de dote* parece haber sido la misma que la de las arras entre los germanos, y la que Sancho Llamas atribuye a las arras de Castilla; en capitulaciones de los siglos XVII y XVIII pertenecientes al partido de Benabarre se leen cláusulas por el siguiente tenor: «El contrayente reconoce y da *en señal de amor* a la contrayente, por excrex y aumento de dote, cien libras barcelonesas». «Item el contrayente reconoce a la contrayente *por su loable virginidad* en diez libras jaquesas, las cuales sacará en tres plazos anuales, después que haya convolado de la casa sin dejar hijos del presente matrimonio». «Item es pacto que el dicho contrayente haya de dar como excrex y aumento de dote veinte libras jaquesas, *las cuales haya de ganar en los bienes de aquél la primera noche que se velare con él, por su loable virginidad*». Acaso obedece a este mismo sentimiento la costumbre del Somontano; en Almudévar, por ejemplo, los que casan solteros no se dan nada por firma de dote; pero cuando enlaza un viudo con una soltera o un soltero con una viuda, la viuda, o viudo, *reconoce* a su consorte en una cierta cantidad. También en Castilla, en tiempo de Gregorio López, escribían los notarios en las capitulaciones matrimoniales que las arras las daba el marido a la mujer *in honorem virginatis*. Hoy los escritores se inclinan a creer que no son las

arras una remuneración, sino una liberalidad, y que su objeto es facilitar recursos a la viuda para que viva con el decoro debido. Con más razón ha de decirse esto en Aragón, donde la firma de dote es obligatoria. Respecto del Alto Aragón, no cabe la menor duda.

Se diferencia el *reconocimiento* altoaragonés de la firma de dote y de las arras, en que aquél es recíproco: el marido dota a la mujer y la mujer al marido. En el partido de Benabarre, la mujer reconoce al marido en la mitad de la suma en que el marido reconoce a la mujer; igual práctica parece que se observa en el partido de Jaca. Es, por tanto, una institución sustantiva, y no dependiente de la dote como pretenden que es en Aragón la firma de dote Nougués, Asso y Manuel, diciendo que es una recompensa o una garantía de la dote. Constituido el «reconocimiento», si el cónyuge *forastero* enviuda y pasa a segundas nupcias fuera de la casa, dejando en ella hijos, saca la dote sin el reconocimiento; si carece de hijos, lo saca, una vez terminado el recibo de la dote, en dos o tres plazos anuales; si fallece intestado y sin hijos, el reconocimiento cede en beneficio del cónyuge *heredero* o de sus sucesores. No concediéndose casamiento en casa al cónyuge *forastero* que enviuda sino para el caso de tener sucesión menor de edad, si carece de ella tiene que casar fuera, y el reconocimiento es una especie de indemnización o salario por el tiempo que ha trabajado en la casa, y un modo de hacerle menos difícil la nueva colocación que si sólo llevase la dote sin aumento; si es el cónyuge *heredero* quien enviuda, con hijos, no tiene que restituir a los herederos del premortuo toda la dote, puesto que de ella ha de deducirse el reconocimiento, y de este modo, pesando sobre la casa menos obligaciones, afectando a su patrimonio menos débitos, encuentra con más facilidad persona «de su clase», o sea mejor dotada, que quiera enlazar con él. Tal es, dicen en el país, la razón filosófica que informa el reconocimiento. Y no son iguales, sino en proporción de medio a uno, los reconocimientos de mujer y marido, porque no están tan expeditas para las viudas como para los viudos las puertas del matrimonio. «*El contrayente reconoce a la contrayente en 500 pesetas, y ésta a aquél en 250, cuyos reconocimientos no tendrán lugar*

si hay sucesión de este matrimonio». «Por muerte de la futura contrayente sin sucesión, se celebrarán por su alma cien misas rezadas, se deducirá su importe de la dote, *además de las mil pesetas en que reconoce a su futuro esposo,* y lo demás revertirá a la casa nativa en los mismos plazos en que conste haber sido aportada; pero si la contrayente enviudase y convolase a otro matrimonio, sin dejar sucesión del presente, sacará su dote en igual especie y plazos en que sea traído, *y en los dos años siguientes las dos mil pesetas en que su consorte la reconoce*, etc.». Según se ve, apártase la costumbre del principio foral de que en Aragón no hay bienes reservables. En el capítulo V hemos visto que en el Alto Aragón es costumbre dejar libre disposición un tercio de la dote, y reversibles los otros dos; aquí es ocasión de añadir que algunas veces los cónyuges «se reconocen» en dicha tercera parte. Así, por ejemplo, en la capitulación de un soltero con una viuda que «casa en casa» y cuya dote, asegurada o hipotecada sobre la misma, es reversible en sus dos tercios, leo lo siguiente: «Ambos contrayentes *se reconocen mutua y recíprocamente en la tercera parte de sus respectivas cantidades dotales,* que sacará el sobreviviente de ellos en nueva convolación a otro matrimonio, en tres plazos iguales... y esto, sólo en el caso de no quedar sucesión del presente matrimonio». Igual pacto se estampa en capitulaciones matrimoniales otorgadas entre solteros. Por último, en capitulaciones antiguas es común que el marido dé a la mujer, por aumento de dote, veinte sueldos; también los fueros de Molina, de Soria y de Cuenca tasaron en veinte maravedís o *viginti aureos* lo que en clase de arras debía dar a la mujer el marido. Conviene tomar nota de esta concordancia para la historia.

La sociedad legal de *gananciales* es común a Aragón y a Castilla. Aparece ya muy desarrollada en el Fuero Viejo y en los Fueros municipales castellanos. El Fuero Real dice: «toda cosa que marido é mujer ganaren ó compraren estando de consumo, háyanlo ambos por medio. Aunque el uno haya más que el otro en heredad ó mueble, los frutos (de los bienes propios de cada uno) sean comunes de ambos á dos». Se parten las mejoras hechas en los bienes propios de cada uno. Los gananciales no son reservables. En Aragón, los bienes muebles

adquiridos por cualquier título, y los inmuebles adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, se hacen comunes de los dos (obs. 33 y 53 *de jur. dot.*). También se parten las mejoras hechas en los bienes de un cónyuge, si lo gastado en ellas se sacó de los bienes comunes. La principal diferencia estriba: 1.° En que, por fuero de Aragón, puede aportarse al matrimonio los bienes muebles como sitios y los sitios como muebles (obs. 43 *de jur. dot.*), con lo cual, dicho se está que se alteran profundamente las consecuencias que se desprenden del principio de los gananciales. 2.° Que en Aragón, los gananciales son renunciables sin ningún género de duda, por facultad expresa de la ley; en Castilla parece que también lo son, pero con limitaciones no bien definidas, que ejercitan el ingenio discursivo de los comentaristas.

En el Alto Aragón se siguen tres distintos sistemas con respecto a la comunidad, consorcio conyugal o sistema de gananciales:

1.° Aceptar el sistema de gananciales por mitad, ya declarándolo de una manera expresa: «Ambos cónyuges se conceden viudedad y usufructo universal sobre todos sus bienes muebles y sitios, *se admiten a gananciales por iguales partes* y renuncian las aventajas forales». «*Que los bienes gananciales* que ambos cónyuges adquieran durante el consorcio, título oneroso, separadas las 15 000 pesetas de la dote de la contrayente, *serán divisibles por mitad entre ambos cónyuges,* y los que título lucrativo, del que los adquiera o herede; si aquella convolare, viuda, a otro matrimonio, sacará los gananciales que le pertenezcan al siguiente año de cobrada la dote, pero si el recobro se hace por sus herederos, será en doblados plazos»; ya implícitamente, por el pacto general «*en lo demás que no se haya estipulado, se estará a lo prevenido en los fueros y observancias del presente reino de Aragón*». A la verdad, hácenlo esto de un modo rutinario y casi inconsciente, pues por lo general, se hace muy poco caso de los gananciales, a causa de su poca importancia en comparación de las dotes y del reconocimiento.

2.° Renunciar los gananciales: el cónyuge forastero se contenta con tener segura la dote y el reconocimiento. País esen-

cialmente agrícola y pastoril; tierra montañosa y de muy escasa fertilidad; cielo inclemente con respecto a los hidrometeoros, a causa de la despoblación y descuaje de los montes[57]; fisco exterminador, que chupa los escasos esquilmos que rinde el suelo; desatentado lujo que la facilidad de las comunicaciones provoca, el comercio fomenta y la vanidad sostiene; sórdida usura que lima y desgasta con aterradora rapidez los más robustos patrimonios, y los acumula en unas cuantas manos, son causa de que, en vez de ganancias se obtengan pérdidas, por lo común, durante el matrimonio; que el cónyuge heredero exija del forastero que participe de las pérdidas si quiere participar de las ganancias, y que éste opte por el partido más favorable, que es el renunciar. «Item es pacto entre dichas partes que los dichos contrayentes se hayan de renunciar, como por tenor del presente se renuncian el uno al otro, *partición de bienes* (gananciales), aventajas forales, etc., de tal manera que *el uno en los bienes del otro no pueda pedir, pretender ni alcanzar otro ni más derecho que el que resulte competerles y pertenecerles por los anteriores capítulos*».

3.° Participar de las ganancias en proporción al número de personas que haya en la casa cuando ocurra la división. Supuesto el heredamiento universal, se reúnen en una familia cuatro dueños, los dos instituyentes, el instituido heredero y su consorte; son, pues, cuatro a ganar, y nada más lógico que la siguiente cláusula que transcribo de una capitulación matrimonial: «*La contrayente tendrá una cuarta parte de los gananciales, si viviesen donantes y contrayentes; una tercera parte, si sólo viven tres; y la mitad si viven dos*». En el primer caso, tres cuartas partes se acumulan al patrimonio de la casa. Páctase esto rara vez, y únicamente en las capitulaciones matrimoniales de familias ricas y desahogadas, donde se supone fundadamente que habrá gananciales, y el notario, en la seguridad de ser bien remunerado, puede extenderse en especificar bien los pactos; pero los naturales dicen que, aun cuando no se escriba en la capitulación matrimonial, es común y corriente entender y practicar en esa forma la división de los gananciales, si otra cosa no se ha estipulado de una manera expresa.

Viudedad o derecho de viudedad es el usufructo que por fuero corresponde al cónyuge sobreviviente en los bienes sitios

o inmuebles que fueron propiedad del que premurió (ff. 1 *de jur. dot.* y 1 *de alimentis*; obs. 3 y 59 *de jur. dot.*), y sobre los muebles cuando así se pactó en la capitulación matrimonial, o cuando se expresó en ella que se llevaban en concepto de sitios. Hubo un tiempo en que esta institución debió ser general en la Península: los fueros municipales castellanos casi en su todalidad lo consignan; denominábase ley de la *unidad,* y «autorizaba a los casados para hacer un tratado perpetuo de compañía o de comunicación de bienes a beneficio del consorte sobreviviente que, por un principio de amistad, de benevolencia y de respeto hacia el difunto, determinaba permanecer en viudedad, en cuyo caso, los parientes a quienes correspondía la herencia por derecho, no podían proceder a las particiones, ni inquietar a la mujer o al marido supérstite en la tenencia y posesión de los bienes del difunto hasta que falleciese o pasase a contraer segundas nupcias» (vid. fueros de Cuenca, de Cáceres, de Plasencia, etc.)[58]; idéntica costumbre estaba también muy generalizada en Aragón y Navarra. El Derecho romano fue poderoso a desterrar de Castilla la viudedad; aquí, por el contrario, se elevó a categoría de principio legal, si bien dejando a los contrayentes la libertad de renunciar ese beneficio de fuero. Separa hoy aun la una de la otra viudedad la misma diversidad de caracteres que tuvieron desde el origen: en Castilla, el derecho de viudedad es facultativo; en Aragón, supletorio. Ocurre al silencio de los particulares: allá, para que exista, es menester que lo pacten en el contrato nupcial o que lo establezcan de mancomún en testamento de hermandad[59], y aun el consentimiento de los herederos exigían los fueros municipales (*oportet quod fiat in concilio vel in collatione, et ab omnibus hæredibus concedatur,* dice el Fuero de Cuenca); aquí, por el contrario, como existe de suyo, para que deje de regir es preciso pactar la renuncia expresamente (obs. 19 y 58 *de jur. dot.*). Conviene tenerlo presente para el día en que se piense codificar el Derecho civil. Los sentimientos de la época se avienen mal con la legislación de Partidas, y demandan con urgencia que se redima y purifique del precedente romano y reanude sus tradiciones indígenas, alentado con el ejemplo que le dan los pueblos reclinados en la falda meridional del Pirineo. Conocidas son de todos las protestas que de todos lados levanta el espí-

ritu generoso y liberal de nuestro tiempo en contra de aquella cruel legislación, por la suerte tristísima que reserva a las viudas. La consideración de que la mujer vive rodeada durante el matrimonio, se trueca en indiferencia y en desvío no bien ha muerto su esposo; los bienes de éste se los dividen los hijos, los hermanos, o los sobrinos, sin la menor consideración a la viuda; la disolución del matrimonio va acompañada de la disolución de la familia; aquella casa donde tanto tiempo había sido señora y reina, deja de ser su casa; la liquidación y el inventario se alzan al punto a profanar aquel dolor augusto y a hacerlo más amargo y agudo; la ley la relega al quinto lugar en el intestado del marido; el abogado de los herederos le disputa aquella mísera limosna que con nombre de cuarta marital le asignó la piedad romana, aun cuando haya justificado debidamente su pobreza; y acaso os pide un día una limosna la mujer que la víspera nadaba en la opulencia. Es vergonzoso que hasta la legislación musulmana haya sido más humana y piadosa para con la viuda, que la legislación de un pueblo que reconoce por Código religioso el Evangelio. Algo corrige esta imperfección y salva este punto negro del Derecho castellano el Fuero vascongado; pero no llega ni con mucho adonde ha llegado la legislación todavía vigente en Aragón, y la que en lo antiguo conoció Castilla.

Cuando uno de los dos cónyuges fallece, si sus herederos no quieren que continúe la sociedad o comunidad de bienes, y el sobreviviente no renuncia el derecho de viudedad, se dividen entre éste y aquéllos los muebles (salvo si se llevaron en concepto de inmuebles al matrimonio, o se pactó que también sobre ellos disfrutarían viudedad), se practica inventario o descripción de los inmuebles pertenecientes en propiedad a cada uno de los cónyuges, y sobre los que resultan propios del sobreviviente adquiere éste el pleno dominio, y sobre los demás, el usufructo o viudedad por todo el tiempo que se conserve en estado de viudez; siendo esto tan esencial, que el marido no puede enajenar por sí solo ninguno de los bienes en que haya de tener viudedad la mujer, aunque sean suyos, sino dejando a salvo ese derecho (obs. 26 *de jur. dot.*, y 2 *ne vir sine uxore...*); así la familia subsiste en pie, como antes, salvo la ausencia de

uno de sus miembros; la casa no la disuelve la afanosa codicia de los herederos; el cónyuge sobreviviente no desciende de rango y posición social, ni se posterga el parentesco espiritual del amor al parentesco físico de la sangre; los hijos continúan obedeciendo a la misma autoridad doméstica que antes, concentrada en manos del cónyuge sobreviviente —a su fallecimiento, el usufructo se consolida con la nuda propiedad que en estos bienes tenían los susodichos herederos (obs. *de secundis nupt.* y *de jur. dot.*, saepe)—; si quiere convolar a segundas nupcias, el usufructo desaparece igualmente, la división de inmuebles con los hijos o herederos del premortuo es, lo mismo que la de muebles, inmediata, debiendo entregarles desde luego la parte que en la división les hubiere correspondido (f. 1 *de secundis nupt.*). Los bienes adquiridos del cónyuge premortuo no están sujetos a restitución. El derecho aragonés desconoce las *reservas*, si bien no las prohibe y pueden pactarlas los capitulantes; si no se pactaron, no se computan, al practicar la división, la firma, donaciones, legados, etc., que un cónyuge hubiese adquirido del otro o de sus hijos; y ya sabemos la amplitud del Fuero en esta parte: que el marido puede dotar a su mujer en todos sus bienes, donárselos constante matrimonio y cedérselos por compraventa. La mujer puede donar entre vivos o en testamento a su marido todos sus bienes (la dote y la firma de dote, con consejo de dos parientes, los demás, por propia autoridad). La legislación castellana, hasta en esto ha sido poco favorable a la viuda: todos los bienes que el cónyuge sobreviviente adquirió del premuerto, o de los hijos habidos en él (arras, donaciones, legados, etc.) son bienes reservables, entran en el dominio de los hijos sobrevivientes del cónyuge donante tan pronto como el donatario pasa a segundas nupcias, no correspondiéndole a él desde aquel momento sino el usufructo, y teniendo que asegurar la devolución con garantía suficiente, a no ser que los dichos hijos, siendo mayores de edad, renuncien en escritura pública la nuda propiedad que por ley les correspondía; en Aragón, únicamente la firma de dote está reservada a los hijos del primer matrimonio, para el caso de que el viudo pase a segundas nupcias (obs. 52 *de jur. dot.*).

En el Alto Aragón, lo común y general es aceptar el sistema de viudedad tal como lo contiene el Fuero (si bien am-

pliado en la forma que expondré en breve). Para ello, nada tienen que decir en sus capítulos matrimoniales, toda vez que habla por ellos la ley; sin embargo, el fuero, o mejor dicho, la interpretación que hace siglos se le viene dando, limita la viudedad a los bienes inmuebles, y los contrayentes, por regla general, quieren extenderlo también a los muebles, conformes con el espíritu del primitivo fuero *de jure dotium* de 1242. Así es que rara vez falta en las capitulaciones matrimoniales la cláusula de que «*ambos contrayentes se conceden mutua y recíproca viudedad y usufructo sobre todos sus bienes habidos y por haber,* así muebles como sitios». A las veces, la concesión es circunstanciada, como en los pactos siguientes: «Si la contrayente *(heredera)* falleciese, y su consorte no volviese a casar, sino que continuase en la casa en estado de viudo honesto, sea *señor mayor y usufructuario de dicha universal herencia, debiendo invertir el usufructo en conservación y aumento de la casa y familia*». «Item, es pacto que caso de premorir el contrayente *(heredero)*, si su consorte quiere permanecer viuda honesta en la casa de aquél, sea asistida y mantenida con todo lo necesario a la vida humana, y *fenecido que sea el señorío mayor que arriba se reserva la madre del contrayente, sea señora mayor y usufructuaria de la misma y todos sus bienes, con los mismos derechos y obligaciones con que lo es ésta en la actualidad*». Es la expresión fiel de la equidad, y con ello se zanja una dificultad con que algunas veces se ha tropezado en la práctica, y que ocupa a los comentaristas[60]. No es común escribir esa regla en las capitulaciones matrimoniales, pero está implícitamente aceptada por la universalidad, y por ella se rigen cuando llega el caso. Alguna vez se hace constar el derecho de viudedad cuando ya ha principiado a causar sus efectos, y sólo por evitar dudas y litigios: «Los expresados J. y M., parientes más cercanos de los finados consortes, en uso de las facultades que éstos les confirieron en la cláusula transcrita de su capitulación matrimonial, instituyen y nombran heredero universal de la herencia intestada de M. M. y P. P. a su sobrino, hijo de aquéllos, T. M. y P.; declaran que tiene éste un hermano, el cual, desobedeciendo los mandatos de la familia, se halla sirviendo en la Guardia civil, por lo cual le señalan tan sólo por vía de legítima paterna y materna cinco sueldos por

bienes muebles y cinco por sitios; declaran asimismo que el difunto M. M. casó en segundas nupcias con doña T. A., quien vive actualmente en compañía del heredero; *que no aportó cosa alguna al matrimonio, ni otorgaron capitulación matrimonial, pero, sin embargo, quieren consignar aquí, como consignan, el derecho de usufructo foral que sobre todos los inmuebles le corresponde, mientras viva en estado de viudez,* para que lo invierta en su sustento y el de toda la familia de los finados causantes de la herencia». Alguna vez, en previsión de que puedan ocurrir disensiones entre el heredero, hijo de un primer matrimonio, y el usufructuario, cónyuge sobreviviente de un segundo, se ha puesto entre ambos, con muy buen acuerdo, el Consejo de familia. He aquí cómo se expresa una testadora en documento fechado el año 1515: «Item dejo a Gil Ezquerra, marido mío, *señor y mayor de todos mis bienes, asina mobles como sedientes, y esto para durante su vida y no más,* para que se mantenga buenamente con ellos, con condición que el dicho Gil Ezquerra haya de vivir con Blasco Berges, fijo mío y entenado suyo; y si caso será que viniesen cualesquiera diferencias y disensiones, por donde se diesen el uno al otro mala vida, *sean reconocidas las dichas disensiones por los executores mios infrascriptos, y si lo que Dios no mande falleciesen los dos o uno de ellos, ocupen su lugar dos personas de las más propinquas de la una y de la otra parte, y se sujetarán a lo que ellos determinen...».* El derecho de separación concedido en esta forma, no lleva nunca consigo la pérdida del usufructo o viudedad. «La declaración hecha por el marido (habla el Tribunal Supremo de Justicia) en capitulaciones matrimoniales concediendo a su mujer viudedad universal de todos sus bienes, y facultándola, dado el caso de que no pudiera vivir en armonía con el heredero, para separarse de la compañía de éste y tomar un cuarto en la casa de su habitación y las cosas expresadas, debe considerarse hecha exclusivamente en beneficio de la viuda a quien se concedió ese derecho, siendo ella, por consiguiente, quien puede ejercitarlo, y no el heredero, a no habérsele reservado esta facultad expresamente. En dicho caso, no habiéndose consignado en la misma escritura de capitulaciones matrimoniales que el heredero tuviera también el derecho de separarse de la viuda, privándola, por el hecho de no congeniar con ella,

del usufructo universal que le había sido concedido, no puede otorgársele este derecho, y la sentencia que se lo concede, accediendo a la demanda, infringe el principio *Standum est chartæ* y otras observancias.» (Sent. de 10 de octubre de 1863).

Son muy contados los casos en que se limita la viudedad a ciertos bienes o rentas; más frecuentemente es lo contrario, sujetar a ella muebles e inmuebles, según queda dicho. La sustitución de la viudedad por una pensión vitalicia es excepcional, pero se dan algunos casos: «Pactan los contrayentes usufructo foral sobre todos los bienes habidos y por haber; pero no existiendo sucesión del presente matrimonio, a los tres años de viudedad, o pasando igual tiempo desde que falleciera el último hijo menor de 14 años, *podrá cesar dicha viudedad y usufructo respecto de la contrayente, a voluntad de los derechohabientes del contrayente* (heredero), *si entregan a la viuda la dote, el reconocimiento y las ropas,* y le aseguran además con hipoteca especial el pago por meses anticipados de *una pensión vitalicia* de seis reales diarios mientras se conserve viuda». Por fuero aragonés, la viuda puede a su vez reclamar de los herederos del marido la firma de dote con sólo renunciar la viudedad; gozando de ésta, no puede pedir dicha firma o reconocimiento (Sent. del Justicia, de 13 de marzo de 1573), aunque sí la dote aportada por ella (Sent. de 5 de junio de 1573).

No es menos excepcional el caso de renunciar en absoluto el derecho de viudedad, adoptando por propia autoridad un régimen de bienes análogo al castellano, y haciéndolo obligatorio e irrevocable por la ley del contrato; en qué forma, ya lo hemos visto al hablar de la renuncia de los gananciales y de las aventajas forales. Lejos de inclinarse a la restricción del usufructo foral, parécenles todavía poco expansivas las leyes que lo rigen, y las sustituyen por otras más amplias y liberales, creando la institución consuetudinaria denominada *casamiento en casa.*

Notas

56 Esto es lo que saca la mujer infanzona; las aventajas de la villana o plebeya eran esas mismas, salvo el vaso de plata y la cautiva.

[57] Lo he demostrado en *El Campo*, revista de Madrid; art. *Efectos del arbolado en el Alto Aragón*, octubre, nov. y dic. de 1878.

[58] Martínez Marina, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de León y Castilla*, lib. VI, § 64.

[59] *En los testamentos de hermandad otorgados por un matrimonio dejándose el usufructo de sus bienes*, es consiguiente que, al entrar en el goce de él el cónyuge sobreviviente, se formalice la liquidación, avalúo y adjudicación de los que, concluido el usufructo, deben pasar en propiedad a los herederos designados... como dato oportuno para poder calcular acertadamente la garantía que haya de exigirse, y la responsabilidad en que se puede incurrir en el ejercicio del derecho de usufructo. (Sent. del Trib. Sup., de 1.° de feb. 1867).

[60] *Derecho y jurisprudencia de Aragón* cit., por dos abogados del Colegio de Zaragoza, pág. 579.

8. Capítulo Casamiento en casa

La viudedad, o usufructo, por sí sola, esto es, conforme al Fuero, adolece de muy graves inconvenientes. En primer lugar, cuando el heredero contrae matrimonio y la madre enviuda, vienen a componer la familia tres personas de distinta procedencia, con autoridad y atribuciones diferentes, y no tardan en surgir conflictos, que las rivalidades femeninas agrandan e irritan, y en los cuales viene a ser víctima en último extremo la viuda, que es la parte débil de la familia. En segundo lugar, los viudos jóvenes, en presencia del principio foral de la viudedad, se encuentran como solicitados por dos fuerzas contrarias: el deseo, en los viudos tan vehemente, de celebrar segundas bodas, y el temor de perder con ellas las ventajas que lleva consigo el usufructo de los bienes de su difunto consorte, y tal vez de tener que abandonar el patrimonio y la casa de que estaba llamado a ser señor hasta su muerte; interésase en esto una cuestión de moralidad, lo mismo que en las pensiones concedidas por el Estado a las viudas de los que han sido sus servidores. En tercer lugar, cuando la muerte ha roto temprano los lazos del matrimonio, dejándo huérfana de padre o de madre la tierna prole, siéntese con más violencia el vacío dejado por el que falleció; y o la hacienda doméstica está mal administrada, o desatendida la educación de los hijos; además, si el cónyuge sobreviviente intenta contraer segundas nupcias, ha de abandonar la casa de sus hijos, dejándolos en la más completa orfandad, abandonándolos a un tutor extraño, o privándoles de los beneficios de una herencia que es propia, y a ésta, de los servicios que aquéllos podrían prestarle. Para conciliar intereses tan encontrados y tendencias tan opuestas, el derecho altoaragonés ha creado, a espaldas del Fuero, algunas costumbres, que pueden reducirse fundamentalmente a dos. 1.ª *Casamiento en casa,* facultad que, para el caso de enviudar, se reserva en los capítulos matrimoniales el cónyuge *forastero* (que viene a casar en casa extraña con un heredero) de contraer

nuevo matrimonio sobre la casa y bienes de éste, esto es, sin perder el usufructo foral (que queda prorrogado en perjuicio de los herederos legítimos de dicha casa), asegurando con hipoteca especial, sobre bienes del difunto heredero, la dote o legítima que aporta el nuevo cónyuge, y transfiriendo a éste el usufructo de los mismos bienes para el caso de que enviude a su vez. 2.ª *Agernamamiento o hermandad,* heredamiento mutuo de los dos cónyuges para el caso de que no procreen hijos: usual y casi constante entre los que se casan *solteros* (es decir, *sueltos*, no herederos).

No puede decirse que sea debida la costumbre del *casamiento en casa* a la sola conveniencia de los cónyuges, pues que, por regla general, solamente se concede cuando hay del primer matrimonio hijos menores de edad, y aun en ocasiones, por consideración a éstos, se hace obligatorio el casamiento, bajo pena de perder la dote. Pero tampoco reconoce por única causa la utilidad y conveniencia de los hijos y la conservación del patrimonio, pues se dan casos —a la verdad raros— de reservarse el casamiento aun cuando falte la filiación, y otros en que, negándosele aquél al viudo por los parientes, se le permite retirar la dote íntegra, relevándole de la obligación de dar legítima a los hijos. No dejará de parecer extraño, y sin embargo, es consecuencia lógica del principio de la viudedad, que no sólo se prorrogue el usufructo a favor del viudo del primer matrimonio a quien se dejó casamiento en casa, sino que se extienda a la persona con quien ese viudo contrae las segundas nupcias, para el caso de que enviude a su vez. Antes no se especificaba así en las escrituras nupciales, pero se daba por sobreentendido en el pacto general «asegurarán dote y alimentos al nuevo cónyuge, y a los hijos que de él hubiere»; pero, realmente, la vaguedad del pacto dejaba indecisos y como en el aire los derechos de cada uno, hubieron de promoverse algunos litigios, y a fin de precaverlos en lo sucesivo, los notarios más avisados van generalizando la cláusula «se reserva casamiento en casa, *entendiéndose la prórroga del usufructo para sí y su nuevo consorte,* etc.»; con lo cual, el contenido del término técnico-consuetudinario «casamiento en casa» se despliega al exterior, y la costumbre se fija, se concreta, se define, en una de sus

más importantes características. Por demás parecerá añadir que si el usufructo se prorroga por todo el tiempo que dure la viudedad del nuevo cónyuge, no así la facultad de casar sobre los bienes, que sería burlar demasiado las esperanzas, ya dos veces fallidas, de los herederos del cónyuge premortuo del primer matrimonio. En varios sentidos es contraria a los intereses de éstos esta importante institución consuetudinaria: 1.° Si hay que dividir la herencia entre los hijos o parientes del cónyuge premuerto (por no haberse instituido a uno de ellos heredero universal), porque se dilata el momento de la división, prorrogándose el usufructo durante la vida de dos personas. 2.° Si nacen hijos del segundo matrimonio, porque se desmembra el patrimonio con las legítimas que a expensas de él hay que asignar a cada uno; menguando, en su consecuencia, las legítimas de los del primer matrimonio, si se instituye heredero universal, o las porciones de la herencia, si queda intestada. Por esto, es frecuente imponer al ejercicio de este derecho limitaciones al tenor de éstas: 1.° Que haya hijos *no mayores de 14 años*. 2.° Que pueda casar, si es viuda, con persona de la edad que guste, pero si es viudo, con mujer *mayor de 40 años*, o de edad proporcionada, etc. El hombre desean que sea joven, que es decir, apto para trabajar y administrar; y casando con mujer algún tanto entrada en años, no hay peligro de que inunde la casa de hijos. Por el contrario, la mujer la prefieren de edad madura, porque a pesar de eso puede sobrellevar el peso de las faenas de la casa, y porque si fuese joven, aunque casara con viudo viejo, quizá no la faltarían hijos en abundancia, legítimos o de ganancia, y siempre vale más prevenir que lamentar. Como se ve, la filosofía de la institución no hace mucho honor a los sentimientos de los montañeses, pero no se le negará previsión exquisita y el haber sabido conciliar los intereses de todos.

Si los padres instituyentes no han fallecido al ocurrir la muerte del instituido heredero, ellos son los árbitros de conceder o negar casamiento en casa al viudo, y es natural, siendo como son señores mayores y usufructuarios de la herencia; también, a las veces, se reservan el derecho de conceder o negar, mientras vivan, segundo casamiento al heredero mismo.

si es él quien enviuda, porque no quieren que entre a hacer vida común con ellos persona que no merezca su confianza y con la cual no hubiesen de poder congeniar: «Viviendo los instituyentes, no podrá contraer segundo casamiento el heredero sin intervención ni aprobación de aquéllos». Pero si los tales instituyentes fallecieron ya en aquella sazón, hay que distinguir dos casos: o se ha dejado enteramente libre el casamiento en casa, y entonces es discrecional en el viudo el resolverlo y ponerlo en ejecución, o se ha encomendado al Consejo de parientes que examine y decida si conviene, o no, que el cónyuge forastero viudo contraiga nuevo matrimonio en la casa del premortuo, según las circunstancias de ella, y si la persona propuesta por aquél para ese nuevo matrimonio responde a las condiciones estipuladas en el heredamiento, o impuestas en el testamento del premuerto, o requeridas por el estado de la casa. Ya, a las veces, el mismo estatuto o capitulación matrimonial apunta el criterio a que ha de atenerse el Consejo, unas veces recomendándole que otorgue o niegue el consentimiento, «teniendo en cuenta la mejor educación de los hijos y la conservación del patrimonio, y que en vista de esto, ordene los pactos de la nueva capitulación»; o «que acuerde lo más justo, últil y beneficioso para la conservación y bienestar de la casa y familia, que tome las seguridades necesarias de los bienes»; o que no admita sino «personal igual», o «de su edad», o «de calidad y circunstancias», o «de su clase y edad proporcionada», o «de buenas condiciones y mayor de 40 años», etc. Algunas veces se reservan los padres instituyentes, para cuando enviuden, segundo matrimonio en la casa, según expuse en el capítulo IV; y para este caso, principalmente, tienen aplicación las limitaciones dichas de la edad; por supuesto, los hijos del segundo matrimonio de los instituyentes quedan postergados a los del instituido heredero por lo tocante a la sucesión universal.

En cuanto a la forma y al pormenor, infiérase de las siguientes cláusulas, extraídas de capitulaciones matrimoniales: «En el caso de fallecer la contrayente *(heredera)*, dejando hijos, podrá el contrayente casar una o más veces sobre los bienes de aquél, con persona de edad proporcionada y de buenas cuali-

dades, *entendiéndose por ello que le seguirá prorrogado el usufructo foral para sí y su nueva consorte; con lo cual se le estimulará a que no deje la casa ni abandone los hijos*». «En el caso de fallecer el cónyuge *(heredero)* dejando sucesión y sobreviviéndole sus padres *(ahora instituyentes)* o alguno de ellos, se reservan la facultad de autorizar a la viuda para que contraiga nuevo matrimonio en la casa, continuando en el usufructo de ella y sus bienes, y los hijos que tuviere de ese segundo matrimonio disfrutarán el derecho de ser mantenidos en la casa hasta que se casen, y dotados entonces según el haber y poder de la misma, con tal que mientras tanto trabajen en beneficio de ella según su edad y sexo; si al fallecimiento del cónyuge heredero hubiese precedido el de sus padres, podrán conceder a la viuda dicha facultad dos parientes, los más cercanos, uno de cada parte, y como tercero en discordia el párroco, *quienes deberán consultar antes que todo el interés de la familia*». «Por muerte de la contrayente *(heredera) sin hijos, o si éstos fallecieren de menor edad,* podrá el contrayente convolar a otro matrimonio, sacando su dote en iguales plazos que lo aportó, y sus ropas en buen uso; si muriese *con hijos, podrá aquél volver a casar sobre la casa y bienes una o más veces,* con mujer que no baje de 40 años, entendiéndose con esto prorrogado el usufructo foral durante ese nuevo enlace y su viudedad, y trasferida la facultad de asegurar en bienes propios el dote de la persona con quien casare; para decidir de las cualidades de dicha persona, intervendrán dos parientes, y el cura párroco caso de discordia, quienes, además, arreglarán con toda armonía la correspondiente escritura matrimonial para mayor seguridad y claridad; y si del nuevo matrimonio nacieren hijos, serán mantenidos y dotados como los demás, al haber y poder de la casa». «En el caso de sobrevivir la contrayente a su esposo, *teniendo hijos de éste, podrá casar cuantas veces quisiere en dicha casa con persona igual,* que sea de la aprobación de los parientes que se expresan a continuación: el heredero de su casa nativa, el de la casa de L., de Coscujuela; el de la casa de F., de Muro; el de S., de Olbena, y el cura del presente lugar de T., cuyos árbitros prestarán o no su consentimiento teniendo en cuenta la mejor educación de la familia y la conservación del patrimonio, arreglando los pactos que

han de regir en la nueva unión». «Item fue pactado que si sucediese morir el dicho contrayente, *dejando hijos de menor edad habidos del presente matrimonio y no capaces de administrar y mantener la casa, o inhábiles para ello,* y sobreviviéndole su esposa, se reserva el instituyente D. F. el poder facultarla para que vuelva a casar en la casa de éste, y conceder a la misma, a su nuevo marido y a los hijos que de él hubiere *aquellos derechos que tenga por conveniente para la mejor manutención, orden y gobierno de la casa*; y si hubiere muerto el dicho instituyente, lo harán los ya citados ejecutores, los cuales, *informándose* por los parientes próximos de ambos contrayentes *del estado y circunstancias de la casa,* dispondrán lo que juzguen más conveniente». En escrituras nupciales de matrimonio *a cambio* se leen pactos por el tenor siguiente: «Item, que *en el caso de quedar viudos cualesquiera de los dichos contrayentes o contrayentas (sic) con sucesión,* y conviniere que vuelvan a contraer matrimonio en la misma casa, estando conformes en ello dos parientes los más cercanos de ésta y los dos párrocos de ambos lugares, lo hagan con los pactos que acuerden los tales árbitros, sin perjuicio del *herencio* de los hijos...». «*En caso de ser conveniente que vuelvan a casar en la misma casa, tengan o no hijos,* sea con consentimiento de dos parientes los más cercanos de cada parte e intervención del cura párroco del pueblo de la casa donde sucediere». He dicho que, algunas veces, al instituir los padres heredero universal a un hijo y conceder casamiento en casa a su consorte, se reservan a su vez el derecho de contraer ulteriores nupcias: «Igualmente se reserva el mismo donante *(instituyente)* la facultad de contraer segundo matrimonio en la casa y sobre sus bienes objeto de la donación, y de asegurar en ellos dote y alimentos a la persona con quien casare y a los hijos que de ella tuviere; empero, en su caso, será *con mujer que tenga cuando menos 40 años cumplidos.* Igual facultad deja *a su actual consorte M. M., para que lo pueda verificar con cualquiera persona* (esto es, de cualquier edad), pero precediendo la aprobación del cura párroco que entonces sea de N. Si enviudare J. S. *(mujer del heredero, nuera del instituyente o donante),* dejando sucesión de su actual concertado matrimonio, podrá contraer otro en la casa y bienes del donante, con apro-

bación de éste y de su esposa o del sobreviviente de los dos, o en su defecto, de dos parientes, etc.». *«Los instituyentes se reservan el derecho de contraer ulteriores nupcias sobre los expresados bienes, con persona proporcionada a su edad el primero, y de la edad que guste la segunda*, y tanto el uno como el otro, de buenas cualidades. Será cargo del heredero mantener a su hermana M. y a los hijos que los instituyentes tuvieren de otro u otros enlaces, con tal que trabajen en beneficio de la casa, y dotar a estos últimos al haber y poder de la misma, etc.».

Llegado el caso previsto de enviudar el cónyuge *forastero*, puede suceder:

1.° Que el viudo y los parientes del premuerto decidan, de común acuerdo, el nuevo casamiento y la persona con quien ha de ser contraído.

2.° Que el cónyuge viudo quiera y proponga el casamiento en casa, y se lo nieguen los parientes.

3.° Que quieran los parientes y el viudo lo resista.

Primer caso. Una vez acordado por el viudo o viuda y los primeros instituyentes, si viven, o por el viudo, o viuda tan sólo si goza personalmente de esta facultad, o además por los parientes, si en los capítulos matrimoniales o en el testamento del premuerto heredero fueron llamados a entender en esto, principia la nueva escritura nupcial en los siguientes términos: «Y dicen: *que estando la casa y bienes de los otorgantes* (los instituyentes en el primer matrimonio) *completamente desatendidos, por la carencia de brazos, puesto que el dicente es ya septuagenario, y sus nietos* (hijos del heredero difunto) *de muy corta edad,* han juzgado conveniente, en uso de las facultades que se consignaron en la calendada capitulación, *permitir casamiento a dicha M.* (viuda) *sobre la herencia,* con su cuñado P., hijo de los dicentes, que, sobre ser laborioso y muy apto para estar al frente de dicha casa, merece las simpatías de su citada cuñada; y a este efecto, otorgan escritura de capítulos matrimoniales en la siguiente forma...». «La contrayente manifiesta que en las capitulaciones que se otorgaron con motivo del matrimonio que contrajo con su primer marido J. *(heredero)*, se

estipuló el siguiente pacto: que el contrayente concede a su consorte, para cuando enviudare, la facultad de casar una y más veces en su casa y sobre dicha herencia, con persona proporcionada en edad, circunstancias y haberes, con tal que haya sucesión viviente de este matrimonio, y asegurar dotes y alimentos a su nuevo consorte e hijos; *que el citado J. ha fallecido, dejando hijos habidos de la contrayente; que hallándose la casa sin hombre que la administre y cultive su patrimonio, conviene muy sobremanera su proyectado enlace,* por todo lo cual, la dicente M., en virtud de la facultades conferidas por su difunto marido, contrae matrimonio con P., sobre los bienes de aquél, entendiéndose prorrogado el usufructo foral para sí y su nuevo esposo durante este matrimonio y su viudedad». «Habiendo fallecido el B. con hijos, y *conviniendo que la contrayente case en la misma casa de aquél, por estar la casa sin hombre que la dirija, y sufrir notable detrimento su patrimonio, los expresados J., B., D. y R., como más próximos parientes del difunto B. y de su viuda,* y mayoría de los llamados en el pacto preinserto, en uso de las facultades que en él se les confiere, permiten casamiento a la contrayente sobre la casa y bienes de su difunto primer marido B., con prórroga del usufructo foral durante este nuevo enlace y su viudedad, para sí y su actual esposo F., con las demás garantías de que luego se hará mención». Es muy rara esta otra fórmula: «Por lo semejante, la contrayente trae a su persona y todos sus bienes en general, y en especial el *usufructo y demás derechos que le concede la capitulación matrimonial otorgada con su primer esposo,* etc.».

Casos segundo y tercero. Teniendo que concordar dos voluntades, la del Consejo y la de la viuda, y pudiendo partir de una o de otra la iniciativa, cabe *irracional disenso* por parte de entrambos; y algunas capitulaciones matrimoniales han previsto y ordenado lo que procede obrar en el uno y en el otro caso. Si la viuda es quien propone y el Consejo de parientes quien niega el nuevo enlace, y para contraerlo tiene que salir de la casa de su primer marido, las dichas capitulaciones la autorizan para recobrar el todo de la dote que aportó, como si no tuviese hijos (ya sabemos que la convolación a otro matrimonio fuera de la casa lleva consigo, en circunstancias ordi-

narias, la retención del todo, o de parte de la dote en beneficio de los hijos). Si, por el contrario, procede la propuesta de los parientes, y de la viuda la negativa, y ésta prefiere dejar la casa de su primer marido y convolar fuera de ella a nuevas nupcias, pierde el derecho a todo recobro, los capítulos matrimoniales la obligan a abandonar su dote entera en beneficio de la misma casa, aun cuando sólo tenga un hijo (recuérdese que la regla ordinaria es el recobro de las dos terceras partes, o de un tercio sólo de la dote, o legítima, al tiempo de la convolación, si se deja en la casa del cónyuge supérstite un hijo, o dos, respectivamente). En el primer caso, el recobro tiene carácter de indemnización, y es al mismo tiempo una puerta que se deja abierta la viuda para pasar con más facilidad a segundas nupcias, si ocurre que los parientes le niegan el casamiento en casa. En el otro caso la retención más bien parece castigo contra la madre que abandona la casa y los hijos de su primer consorte, manera de dificultarle la salida y de obligarle indirectamente a que acepte, y en último extremo, resarcimiento de los perjuicios que irroga a la casa forzándola a ponerse en manos de un administrador y tutor, acaso extraño, cuya gestión puede poner en peligro la fortuna y el porvenir de la familia. Estos interesantes y curiosos pactos tienen fuerza de obligar, porque los dos interesados los han suscrito aun antes de que se presentase el caso de ponerlos en ejecución. El siguiente pacto lo reproduzco de una capitulación moderna: «Item es pacto que si muriese el contrayente *(heredero)*, sobreviviéndole su consorte y dejando prole de menor edad, y pareciese conveniente a los cuatro parientes y alcalde arriba dichos que la viuda, *para la crianza de los huérfanos y conservación de la casa del contrayente*, vuelva a casar en ella, pueda ejecutarlo con el parecer de dichos parientes y alcalde, o de la mayor parte de ellos, sin perjuicio del señorío mayor y usufructo que arriba se le establece, asegurando sobre los bienes de la misma casa la dote que aporte la persona con quien casare, y otorgando capítulos matrimoniales a uso y costumbre de este país en semejantes casos; *si ofreciendo los parientes nuevo casamiento a la contrayente, viuda, no lo quisiere admitir, y obedeciendo sólo a su capricho y antojo prefiriese convolar a otro matrimonio fuera de la casa, desamparando* (esto es, separándose de) *los*

hijos habidos del presente, nada podrá sacar de su dote, el cual tendrá que dejar íntegro a favor de ellos; *mas si le fuere negado dicho consentimiento, por no estimarlo conveniente los dichos parientes y alcalde, y la contrayente quisiere convolar a otro matrimonio fuera de dicha casa,* podrá sacar todo su dote en la misma forma que arriba queda pactado para el caso de convolación sin hijos, salvo el *reconocimiento,* el cual será retenido en todo caso para éstos». En una serie de heredamientos o capítulos matrimoniales correspondientes a una misma casa, que comprenden desde 1750 hasta hoy, se ven repetidas con leves variantes las estipulaciones siguientes: «Si falleciere la contrayente *(heredera),* sin quedarle hijos del presente matrimonio, y quisiere convolar a otro, el contrayente, pueda llevar todo su dote, pasado el año de luto, en los mismos plazos y especie que constase haberlo traído, y a continuación del último, el reconocimiento en tres plazos iguales. *Si la contrayente falleciese dejando sucesión de menor edad, y fuese útil, conveniente y necesario que su consorte D. P. case otra vez sobre la casa de aquélla para su conservación y crianza de la prole,* lo podrá hacer, cuantas veces convenga, con persona de calidad y circunstancias, obteniendo antes el correspondiente consentimiento de los instituyentes, y caso de que éstos hayan fallecido sin disponer otra cosa, con consentimiento de doña M., don M., don N., o sus respectivos herederos, el de la casa de A., del pueblo de G., y el rector de su parroquia, juntos, conformes o su mayor parte; a los cuales queda también encomendado el cuidado de firmar dotes al nuevo cónyuge, asegurar a los hijos que nacieren de esta unión, alimentos y dotes al haber y poder de la casa, y otorgar los demás pactos propios en semejantes casos. *Si prefiriese mantenerse en estado de viudo,* sea señor mayor y usufructuario de dicha universal herencia, debiendo gastar el usufructo en aumento y conservación de la casa y familia. *Si las citadas personas juzgasen conveniente el casamiento, y se lo propusiesen al viudo, y éste lo rechazase, y abandonase a su hijo o hijos por convolar fuera de la casa,* dejará, además del mencionado reconocimiento, cien escudos por cada hijo, hasta donde alcance la dote que aportó. *Mas si deseándolo y proponiéndolo él, le fuese negado el consentimiento, y convolase a otro matrimonio* fuera de la

casa de su primera consorte, podrá sacar todo su dote, excepto el reconocimiento, etc.».

En muchas capitulaciones matrimoniales, por olvido o por otra causa, no se estipula el «casamiento en casa», y sí únicamente que un hijo o hija de aquel matrimonio ha de suceder en la universalidad de la herencia; y entonces, puede suceder una de dos cosas: 1.ª O el heredero, al morir, otorga testamento y deja casamiento sobre su casa y bienes al sobreviviente: «Item, quiero que mi mujer M. B. pueda contraer uno o más matrimonios sobre mi casa y bienes, cuando le acomode, con persona de la aprobación de mi hermano P. y de mi cuñado B., y caso de discordia, el heredero de la casa de F. de la Puebla.». 2.ª O tampoco le ha sido otorgada esa facultad por el acto de última voluntad, y entonces, o bien se resigna a permanecer en viudedad, o a casar fuera de la casa, o bien contrae nuevo enlace en ella lo mismo que si estuviese facultado para hacerlo, continuando en el goce del usufructo foral, porque no pueden impedirlo los hijos, que son menores de edad, ni los abuelos, que han fallecido. Cuando aquéllos entren en la mayor edad, o bien reconocen y aprueban de buena voluntad el hecho consumado, prestando al nuevo matrimonio las debidas seguridades, o simplemente lo toleran, por temor de ser desheredados si demuestran oposición, es'ando en poder del padre sobreviviente el designar a uno o a o.ro.

Veamos ahora el orden que se sigue respecto de los hijos en el «casamiento en casa». El rasgo más característico es la *igualación de derechos* que se establece entre los hijos del primer matrimonio y los del segundo. Conviene, no obstante, tener presente que esta igualación no es absoluta: 1.°, por la preferencia que gozan aquéllos respecto de éstos en cuanto a la sucesión universal o nombramiento de heredero. 2.°, por la relativa separación en que suelen mantenerse los bienes de los diferentes matrimonios.

Cuanto al primer extremo, es regla general que un hijo del primer matrimonio del heredero haya de ser nombrado sucesor en la universalidad de los bienes, con exclusión más o menos absoluta de los de segundo matrimonio, sea éste de los instituyentes, sea del heredero mismo, o de su consorte: «Por

muerte de dicha A. *(heredera)*, queda facultado el contrayente V. para volver a casar en la casa de su consorte, para su mejor orden y gobierno, *pero entendiéndose esto sin perjuicio de la herencia universal de los bienes traídos a él, pues para ella han de ser necesariamente preferidos los hijos del presente matrimonio»*. Tal es la regla; veamos algunas de sus excepciones: En capitulaciones antiguas que he consultado, aparece restringido, por razón del sexo, ese derecho de preferencia, señaladamente cuando el sobreviviente es el heredero: «Muriendo el contrayente sin quedarle hijo varón de este matrimonio, si el contrayente volviese a casar una o más veces, y de ese matrimonio o matrimonios le naciesen hijos varones, podrá elegir para heredero universal al que le pareciese más del caso para el manejo y conservación de la casa, bien entendido que *varón por varón ha de ser preferido el del primer matrimonio, como asimismo hembra por hembra, siendo en lo natural y moral lo que deben ser»*. En todo caso, se procura que el hijo a quien se instituye heredero enlace con pariente del otro matrimonio, y aun se dan casos de pactarse como forzosa condición: «Con pacto y condición que ha de ser nombrado heredero hijo varón del primer matrimonio, y, en su defecto, varón del segundo, y si también faltare, hembra del primero, y no habiéndola en él, del segundo; que si *llegase el caso de entrar en el herencio alguna hija del primer matrimonio del contrayente, haya de casar con pariente de doña C.* (segunda mujer)*; y de igual modo, si recayese en hijo o hija del segundo matrimonio, con pariente de la primera difunta mujer»*. Justo es añadir que, o la costumbre de preferir los varones del segundo matrimonio a las hembras del primero no estuvo muy generalizada, o se ha modificado en la centuria presente, pues parece que no rige en la actualidad, siendo preferidas, por punto general, las hijas del primer matrimonio a los varones del segundo. Más bien, cuando se desvían de la regla, tienden a suprimir toda traba a la libertad, reservándose la facultad de nombrar heredero a un hijo del segundo matrimonio, háyalos o no habido del primero. «Por muerte de la contrayente *(heredera)* sin sucesión, si los citados parientes consintiesen al viudo casamiento en la casa, *los hijos que tenga de este segundo matrimonio podrán ser herederos, si así lo acuerdan los parientes arriba citados;*

pero si el contrayente *(heredero)* enviudase y contrajese otro, u otros matrimonios, podrá ser nombrado heredero de dicha casa y bienes (por el viudo o Consejo de parientes) *el hijo o hija que parezca convenir más entre los de ésta o de las demás uniones indistintamente»*. En una capitulación de segundo matrimonio (no se había otorgado en el primero), se lee: «Uno de los cuatro hijos del anterior matrimonio ha de ser instituido heredero; pero *el viudo contrayente se reserva el derecho de nombrar a uno de los que resulten de este segundo, si así conviniere a los intereses de la casa,* debiendo ser dotados los demás hijos de ambos matrimonios al haber y poder de la misma». Todavía en este caso suele tenerse cuidado de advertir que, *en igualdad de circunstancias,* se prefiera a los hijos del primer matrimonio sobre los del segundo: «Si la contrayente enviudase, y pareciese bien que vuelva a contraer nuevo matrimonio, para otorgar las capitulaciones con el segundo marido han de ser llamados los cuatro mencionados parientes varones más ancianos para que, en los pactos que se otorguen, aseguren los derechos de todos del modo más justo, y siempre sin perjuicio de que la herencia ha de recaer en uno de los hijos del presente matrimonio, *a no ser que los dichos parientes con el cura párroco conviniesen en que no había de él hijos ni hijas aptos para el gobierno de la casa»*. «Si las personas citadas acordasen que era conveniente que la contrayente, viuda, contrajese nuevo enlace en la casa de su esposo premuerto, otorgarán las capitulaciones matrimoniales, debiendo tener la mira y consideración todos ellos de que, *en igualdad de circunstancias, sean preferidos y atendidos los hijos de este matrimonio sobre los del segundo, tanto en el herencio universal como en las demás disposiciones...;* a cuyo efecto, se informarán de las circunstancias de la casa, y de las de los hijos de uno y otro matrimonio, y en su vista acordarán lo que les parezca más justo, útil y beneficioso para la conservación y bienestar de la casa y familia». «Nombrarán los citados parientes heredero universal, prefiriendo para esto los hijos del presente matrimonio si, a juicio suyo, fuesen útiles física y moralmente».

Vengamos al otro punto. Los mismos principios legales que regulan los bienes del primer matrimonio, han de tener aplica-

ción a los del segundo: los aportados por el nuevo cónyuge (dote, reconocimiento y demás que posea) son legítima de sus hijos, de los hijos del segundo matrimonio; a este efecto, le son asegurados dote y reconocimiento en la herencia del cónyuge heredero del primer matrimonio. Pero, por otra parte, al estipularse en la primera capitulación matrimonial el casamiento en casa, se consigna que los hijos del segundo matrimonio recibirán legítima al haber y poder de la casa, lo mismo que los del primero. Según el crudo tenor literal del pacto, combinado con el del Fuero, los hijos del segundo matrimonio habrían de ser heredados en los bienes propios de éste y dotados a expensas de los del primero; participarían de la herencia de sus hermanos uterinos o consanguíneos, y éstos no de la suya; en suma, los hijos del segundo matrimonio serían de mejor condición que los del primero. ¿Cabe interpretación tan absurda y contraria a los principios más elementales de la equidad? Evidentemente que no. No han faltado casos en que se ha pretendido recabar uno y otro derecho, pero la simple consulta del abogado ha matado en germen tales pretensiones, y no se recuerda haberse llegado nunca a interponer demanda en ese sentido ante el Juzgado. La costumbre no escrita había establecido la regla que, de algún tiempo a esta parte, estampan con muy buen acuerdo los notarios en las capitulaciones matrimoniales: «Si la contrayente enviudase con hijos menores de edad, podrá contraer segundas nupcias sobre la casa y bienes del premuerto *(heredero)*, con facultad de asegurar dotes y alimentos al nuevo cónyuge, y de dotar a los hijos que hubiere de éste, al haber y poder de la casa, trabajando en beneficio de ella hasta que tomen estado, *y sirviéndoles en parte o en todo de dote el caudal propio, si lo tuvieren, y lo que les corresponda de la dote o legítima de sus padres asegurada en la casa, lo cual será de menos a percibir de ésta*». Es la solución equitativa y racional: si la legitima del nuevo cónyuge basta para cubrir las dotes de sus hijos, computadas por el haber y poder de la casa, y con más razón si excede, no se les da más; si no alcanza, se suple lo que falta a expensas del patrimonio de la casa. De este modo se logra la deseada igualdad entre los hijos del primero y del segundo o ulteriores matrimonios. Y he aquí por qué no es absoluta la confusión de bienes. Si el nuevo cónyuge del segun-

do matrimonio enviuda alcánzale también a él la prórroga del usufructo, aunque no el casamiento en casa, según queda dicho: si convola a otro matrimonio, recobra y lleva a él su dote y el reconocimiento; si muere sin hijos, procede la reversión, salvo la parte libre.

En pos de la regla general, la excepción. Alguna vez se pacta que de los bienes del primer matrimonio sea heredero un hijo del primero, y de los del segundo un hijo de éste; pero no es lo común. Tal sería el caso que propone Franco de Villalba *(Codex, comm. a la obs. 5 de jure dot.)*: supone que se ha pactado entre los cónyuges lo siguiente: «Muerto intestado y sin hijos cualquiera de los dos, el sobreviviente estará obligado a disponer en favor de los del presente matrimonio»; ha fallecido la mujer dejando sucesión; el marido ha convolado a segundas bodas, y en el nuevo contrato de matrimonio se ha pactado que: «Muriendo intestado cualquiera de los contrayentes, dos parientes consanguíneos, uno por cada parte, podrán declarar heredero a uno de los hijos del presente matrimonio»; ¿cómo deberían proceder estos parientes? Si muriese el marido, dice, bajo las condiciones expresadas, los consanguineos deberían disponer de los bienes de la primera mujer en favor de los hijos del primer matrimonio, y de los del padre a favor de los del segundo, dejando salva la legitima para aquéllos, y la viudedad para la segunda mujer (cit. por Dieste, v. *Sociedad conyugal)*. Cuando un viudo con hijos va a enlazar en otra casa con viuda a quien fue reservado «casamiento en casa», pactan que un hijo del primer matrimonio sea heredero de los bienes del primer marido y de los del segundo, y que sus hermanos, sin distinción de procedencia, sean dotados al haber y poder de la casa, todos por igual.

Por derecho de Castilla, y lo mismo por derecho de Aragón, los hermanos consanguíneos y los uterinos dividen entre sí la herencia del padre o madre común, y adquieren exclusivamente los del respectivo padre o madre, no común.

Hasta aquí la doctrina de la viudedad consuetudinaria, infinitamente más lata que la foral. Un paso más, y el usufructo se convertiría en pleno dominio. Este paso lo ha dado el Derecho consuetudinario del Alto Aragón, por medio del *agermana-*

miento, objeto del siguiente capítulo. Entre esta y aquella institución existe un tránsito natural: «el casamiento en casa con prórroga del usufructo foral y *facultad de vender».* Estílase esto, principalmente, en el Somontano. Las menos veces, en la escritura nupcial, las más en testamento, autoriza el heredero a su consorte, para el caso de que le sobreviva con hijos, a que case en la casa *y venda* bienes del patrimonio, si sus necesidades lo exigieren, ya por propia autoridad, ya con aprobación de los parientes, pero en todo caso sin necesidad de intervención judicial[61]. Que esto ofrece peligros, es innegable. Se me ha citado el siguiente caso práctico: Cierta heredera que había tenido varios hijos, murió joven, dejando a su marido la facultad de casar sobre su casa y, en caso de necesidad, de vender bienes sin autorización de nadie; contrajo, con efecto, el viudo nuevo enlace, procreó más hijos, y entonces, instigado por su mal aconsejada consorte, fue enajenando todos los bienes de la primera y creando con su producto un patrimonio a nombre de la segunda y de los hijos habidos en ella. Semejante peligro desaparecería con sólo exigir en cada caso declaración de utilidad, o de necesidad, por parte del Consejo de parientes[62].

Notas

61 Con posterioridad a la anterior edición de este trabajo, la tal facultad de vender ha sido desautorizada por la jurisprudencia.

62 No anduvo muy atinado D. C. Nocedal en las razones, algunas contraproducentes, con que defendió el sistema de viudedad aragonesa, levantándolo a gran altura sobre el de gananciales castellano, en el notable discurso leído en la Academia de Jurisprudencia el 29 de octubre de 1866. Sobre que no se contraponen uno y otro sistema, antes bien en Aragón suelen ir unidos, todavía la costumbre que acabo de reseñar ha hecho compatible con ellos la facultad de contraer ulteriores nupcias sin perder los gananciales, ni el usufructo. El Sr. Nocedal encuentra fundada la superioridad del usufructo foral en que, a juicio suyo, favorece menos la relajación de costumbres y el lujo enervador de nuestro siglo. que el régimen de gananciales de Castilla, recomendable únicamente en aquellas épocas de puras y sencillas costumbres en que se redactaron el Libro de los Jueces y los famosos fueros castellanos. Sobre esto, sabe más el Sr. Nocedal que los historiadores y legisladores que vivieron en aquellas edades, porque todo en ellos nos habla de inmoralidad y de corrupción superiores a las de nuestro tiempo, aunadas con la incultura y la grosería de costumbres, y agravadas con el exterior religioso de que se revestían. ¿Cuándo acabarán en nuestra patria los sistemáticos *laudatores temporis acti,* a lo Blenckinsop de Dickens?

9. *Capítulo* Hermandad conyugal

Debajo casi de un mismo nombre, se conocen en Aragón dos instituciones: una de derecho general, el *pacto de hermandad*, o hermandad llana, también denominada por el fuero *germanitas;* otra de Derecho consuetudinario, el *agermanamiento*, designado también algunas veces, en el uso común, con el apelativo de *hermandad*.

El *pacto de hermandad* existe con caracteres casi idénticos en los dos extremos oeste y noroeste de la Península y en una como isla del norte (regiones lusitánica, aragonesa y cantábrica), y es desconocido en el resto; fenómeno curioso entre los más curiosos que registra la historia de las legislaciones peninsulares. He aquí cómo define Carlos III esta hermandad, según el Fuero de Bailío: «Apruebo la observancia del *fuero* denominado *del Bailío*, concedido a la villa de Alburquerque por Alfonso Tellez (1223?)... conforme al cual, *todos los bienes que los casados llevan al matrimonio, o adquieren por cualquiera razón, se comunican y sujetan a partición como gananciales*. Los tribunales se sujetarán a él para la decisión de los pleitos que sobre particiones ocurran en la citada villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros, y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora». (*Nov. Rec.*, lib. X, tít. IV, ley 12). «En los pueblos donde está vigente el Fuero de Bailío, se comunican por mitad entre los cónyuges los bienes que se encuentren a la muerte de uno cualquiera de ellos, reputándose gananciales, aun cuando uno de los dos no llevase al matrimonio cosa alguna; *todo lo cual tiene lugar si no hubiese intervenido pacto en contrario*». (G. Goyena y Aguirre, *febrero*, 1841, lib. I). Alburquerque es fundación portuguesa, y tanto ésta como las demás poblaciones donde rige el Fuero de Bailío, son fronteras de Portugal. Ahora bien, el Código civil portugués reconoce al fuero en cuestión autoridad de *costumbre* general *del reino*; los contrayentes del matrimonio son

libres de estipular en la escritura nupcial el régimen de bienes que mejor les parezca (art. 1096); pero el usual y el legal, el que suple el silencio de los particulares, es el de la comunidad: «na falta de cualquer accordo ou convençâo, entende-se que o casamento e feito segundo o costume do reino (art. 1098); o casamento segundo o costume do reino na *communhâo entre os conjuges, de todos os seus bens presentes e futuros nâo exceptuados na lei* (art. 1108); no casamento segundo o costume do reino estabelece-se entre os conjuges a commuhâo de todos os bens, *nâo só d'aquelles con que cada hum entra para o casal, mas de todos os que de futuro se adquirirem por cabeça de um ou de outro a titulo gratuito ou oneroso*, e que nâo estejam expresamente exceptuados na lei» (J. Dias Ferreira, *Código civil anotado*, 1872, coment. al art. 1102).

El pacto de hermandad se ha conservado asimismo hasta nuestro tiempo, bajo la denominación de *fuero de Vicedo*, en algunos lugares de la provincia de Santander, que compusieron en lo antiguo el valle de Eviceo, o Vicedo (Laredo, Ampuero, Señá, Marrón, Udalla y Cereceda). Redúcese este fuero a una mancomunidad de bienes entre los casados: por ella, los cónyuges que casan en algunas de las poblaciones citadas, y que no renuncian expresamente a tal mancomunidad o comunicación en los capítulos matrimoniales, se comunican y adquieren por mitad, al año y día de casados, todos los bienes que llevaron al matrimonio y los que adquieran o hereden por cualquier título durante él, quédenles o no hijos. Así resulta de la información abierta en el período de prueba de un litigio, hace once años[63]. Y sin embargo, el Tribunal Supremo, obedeciendo a esa tendencia irracional que mueve a los tribunales a negar todo valor y eficacia al derecho popular, declaró, al resolver el recurso de casación, «que dicho fuero no puede aceptarse como costumbre derogatoria de la legislación general del reino, porque no consta que haya sido introducida con los requisitos que taxativamente exige la ley 5.ª del título 2.° de la Partida I, supuesto que no está acreditado que dicha costumbre se haya observado general y constantemente en Laredo por más de diez años, y que en este mismo tiempo se hayan dado consejeramente dos juicios por ella». Pero si se dice siempre lo mismo,

si nunca se da un primer juicio favorable, ¿cómo se ha de dar un segundo consejera, ni no consejeramente? ¿Es esto serio siquiera?

Dicho esto, he aquí cómo define Franco de Villalba la *hermandad* según las Observancias de Aragón: *Germanitas ista est communis et æqualis participatio bonorum cujuscumque generis et speciei* (comm. a la obs. 19 *de j. dot.*). O más claro: el pacto de hermandad es aquel en cuya virtud se hacen comunes de ambos cónyuges todos los bienes que cada uno de ellos poseía antes de la constitución de la sociedad conyugal (o aquellos tan sólo que expresamente incluya el pacto dentro del concepto de la hermandad, con exclusión de los demás), lo mismo que los adquiridos durante el matrimonio. Según esto, la hermandad puede ser, en Aragón, universal (sobre todos los bienes habidos y por haber) y particular (excluyendo de ella algunos bienes, o limitándola a los especificados individualmente en el pacto). Como se ve, sustancialmente son idénticas, y constituyen una misma institución, las tres hermandades aragonesa, portuguesa y de Bailío, y de Vicedo. Las diferencias son accidentales y puramente históricas, a saber: 1.°, que en Aragón, para que rija, han de pactarla los contrayentes; al paso que en Portugal y pueblos de Bailío existe por ministerio de la ley, y para que deje de regir han de renunciarla en cada caso los interesados; aquí, la regla general es otra, pero está permitido sujetarse a esa; allí, la regla general es esa, pero está permitida su derogación por los particulares; 2.°, que según la ley portuguesa y el fuero de Bailío, muerto uno de los cónyuges, se procede al inventario y partición de bienes entre el sobreviviente y los herederos del premuerto (*Cód. port.* arts. 1122 y 1123), mientras que en Aragón, el sobreviviente no pierde el usufructo que por fuero le corresponde en la mitad perteneciente a su consorte, si no lo renunció expresamente: *propter germanitatem factam inter virum et uxorem, superstes non amittit viduitatem, nisi expresse renuntiet eidem* (ob. 19 *de j. dot.*).

De dos modos puede constituirse esta asociación: 1.° Expresamente, declarando los contrayentes que pactan la *hermandad*, toda vez que este vocablo es técnico, tiene un significado legal, según acabamos de ver por una observancia. 2.° Implícita-

mente, declarando que llevan al matrimonio los bienes inmuebles o sitios en concepto de muebles, porque la observancia 43 *de jure dotium* autoriza esta originalísima ficción legal, que no tiene quizá semejante en la historia de la legislación, y, según la 33, los bienes muebles aportados al matrimonio por ambos cónyuges, lo mismo que los adquiridos durante él por cualquiera de ellos, se hacen comunes de los dos: «*Si viro in casamento data fuerit aliqua res immobilis pro mobili, videlicet pro c. vel mille solidis, vir lucratur medietatem*».

El *agermanamiento* consuetudinario del Alto Aragón equivale a la *hermandad* del Fuero Real de Castilla. Los legisladores aragoneses no lo trasladaron a los Fueros. El uso lo desterró de Castilla, reemplazándolo con el testamento mancomunado de hermandad, mal mirado por los jurisconsultos, y que yo sepa, sólo se ha perpetuado por costumbre en el Alto Aragón[54].

Principiaré por analizar sucintamente los caracteres de la antigua hermandad castellana. «*Si el marido é la muger,* dice el Fuero Real, *ficiesen hermandad de sus bienes*, de que fuere el año pasado que casaron en uno, no habiendo fijos de consuno ni de otra parte que hayan derecho de heredar, vala tal hermandad; e si despues que ficieren la hermandad hobieren fijos de consuno, no vala la hermandad, ca no es derecho que los fijos que son fechos por casamientos, sean desheredados por esta razón». (Lib. III, tít. VI, ley 9.ª). Algo de esto halló eco en el Código alfonsino de las Partidas: «Gana el marido la dote quel da su muger, é la muger la donación que faze su marido, por el casamiento, por alguna destas tres maneras. *La una por pleito que ponen entre sí...* que se faze desta guisa: como quando otorgan ambos en uno, el uno al otro, que muriendo el uno dellos sin fijos, el otro que fincare, que aya la dote ó la donación toda, ó alguna partida della, segund lo establescieren. E tal pleito como éste deve ser fecho entre ellos egualmente. E si por aventura fuese pleito puesto, de como el marido ganasse la dote de la muger, é sobre la donación ó las arras non fuesse dicha alguna cosa, entiéndese quel pleito que puso en la dote ha lugar en la donación». (*Part.* IV, tít. XI, ley 23). Hubo de ser esto costumbre general en algunas localidades de Castilla, pues a no ser así, hubiese holgado en el ci-

tado Código el siguiente precepto: «la tercera razón por que se gana la dote y donación es como si fuera costumbre, usada de luengo tiempo en algún lugar, de la ganar la mujer cuando muere el marido o el marido cuando muere la mujer» *(Ibid.)* La glosa dice: *hæc consuetudo non est in isto regno*. Y con efecto, nada de eso que vemos en el Fuero Real y en las Partidas se practica ya en Castilla: la antigua hermandad contractual ha caído en completo desuso. «Es contraria la práctica y costumbre, pues nada heredan, aunque el muerto no deje sucesión, a menos de que conste expresamente de su última voluntad; y así, sólo lleva la mujer las arras en caso de que quepan en la décima de los bienes del marido, o las joyas y vestidos si no exceden de la octava parte de la dote, por lo que no se hacen hoy estas donaciones, y aunque se hagan no valen». (García Goyena y Aguirre, *ob. cit.*, § *266*). En sustitución de aquélla ley desusada, ha nacido una costumbre «præter legem», el *testumento de hermandad,* otorgado mancomunadamente entre marido y mujer con las mismas solemnidades que los testamentos ordinarios y, como todo testamento, revocable. En Portugal, como en Castilla, fue conocida la *hermandad* o sucesión recíproca entre cónyuges, y también hoy se halla desusada o prohibida, no habiendo quedado de ella sino una sombra de «hermandad de usufructo» en determinadas circunstancias: «La estipulación antenupcial de sucesión recíproca entre los cónyuges, dice Dias Ferreira, a falta de descendientes, aunque viviese algún ascendiente (estipulación que se juzgaba válida por derecho antiguo), con tal que éste consintiese, la invalida el Código actual, porque altera el orden legal de suceder los herederos legítimos ascendientes, y envuelve de parte de éstos renuncia a la herencia de una persona viva (renuncia en Portugal ilícita). Tampoco vale la cláusula de que "el cónyuge sobreviviente sea usufructuario de los bienes del premortuo, caso de no quedarles hijos, aunque sobrevivan ascendientes, si éstos lo consienten y otorgan", pero valdrá sin necesidad de que consientan, si esos ascendientes no son padre o madre, porque, entonces, los tales ascendientes únicamente tienen derecho a la mitad de los bienes de la herencia, y el usufructo de toda la herencia apenas representa la mitad del valor de ella».

La costumbre castellana del *testamento de hermandad* ha sido en parte definida y regulada por la jurisprudencia de los Tribunales; y, a falta de regla legal, poseemos acerca de esta institución un derecho honorario. «Las condiciones que se imponen los cónyuges que de mancomún otorgan testamento, al nombrarse en él mutuamente por herederos, deben cumplirse religiosamente por el que sobrevive si hubiese aceptado la herencia del premuerto y aquéllas no fuesen de que las leyes estiman contrarias a derecho (sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 20 de diciembre de 1866); y del mismo modo, cuando dos cónyuges se instituyen mutuamente, pero estableciendo otros herederos para cuando muriese el último y haciendo mención para entonces del todo de los bienes de ambos, no puede el cónyuge sobreviviente disponer de ellos, pues la institución a su favor evidentemente fue, o debe entenderse, sólo en usufructo (*Sent.* de 27 de febrero de 1868): el testamento otorgado de común acuerdo entre marido y mujer es irrevocable, respecto del que muere, desde el momento de su fallecimiento; y los actos del sobreviviente para cumplir las disposiciones del premuerto quedan también firmes, ya porque respecto del difunto recibieron su eficacia del testamento mismo, ya porque, ejecutados espontáneamente por el que sobrevive, adquieren respecto de él el valor y subsistencia de los actos entre vivos». (*Sent.* de 28 de febrero de 1862; ap. Zúñiga, *Jurisprudencia civil,* t. I, p. 325). Menos respetuosos que el Tribunal Supremo con la soberanía del pueblo, manifestada por modo espontáneo e inmediato, los tratadistas se han declarado enemigos de esta institución consuetudinaria, y aun han estado a punto de imponer su punto de vista al legislador español, como lo han impuesto de hecho al de otros países. Con efecto, el Código francés establece que: «Un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à tître de disposition reciproque et mutuelle». Siguen al Código Napoleón los de Cerdeña, Nápoles, Holanda, Vaud y Luisiana. El de Austria exceptúa con muy buen acuerdo el testamento mancomunado entre esposos. También está autorizado en Navarra; las Cortes de 1786, ley 41, lo declararon revocable por parte de uno de los dos cónyuges testadores, poniéndolo en conocimiento del otro, pero irrevocable

caso de haber fallecido uno cualquiera de ellos. También en Aragón está consentido[65], aunque muy rara vez practicado, porque no ha desaparecido de la costumbre, como en Castilla, la *hermandad* por contrato constituida antes o después de celebradas las bodas. El proyecto de Código civil se resolvió por el peor partido: «No pueden dos o más personas testar en un mismo acto, sea recíprocamente, sea en provecho suyo, o de un tercero (art. 557)»[66]. «Autorizado el testamento de hermandad, dice en sus comentarios García Goyena, nacía la duda de si, muerto uno de los testadores, podrá ser revocado el testamento por el sobreviviente. Permitir su revocación, sería violar la fe de la reciprocidad; declararlo irrevocable, sería convertirlo de acto de última voluntad, en rigurosamente conventual. Lo mejor es prohibir una forma incompatible con la buena fe, o con la naturaleza de los testamentos, y que por otra parte daba lugar a sugestiones y violencias». No valen más las razones con que J. A. Rogron cohonesta la prohibición del Código francés (*Code civil expliqué,* 1843, p. 273). «Nosotros (habla B. Gutiérrez) no podemos ser partidarios de un testamento sin origen conocido en la historia, sin motivo razonable en la ciencia, el Código civil francés lo prohibe. Hace bien el proyecto de Código civil español en no darle cabida». ¡Tan aguda y sutil como todo esto es la crítica de que han alimentado a dos generaciones los oráculos del Derecho civil! No tiene origen conocido en la historia, luego debe proscribirse como absurdo. Es una institución incompatible con la naturaleza de los testamentos, luego debe declarársele fuera de la ley. El modo más expedito y cómodo de ventilar las dudas que suscita, es podarlo del árbol frondoso de nuestro derecho positivo; con semejante método de eliminación, la obra del Código se simplificaría hasta reducirla a cero. Pase esto en tiempo en que los clasicistas miraban como una monstruosidad el teatro de Lope y Calderón, porque se desviaba de las unidades aristotélicas; en que los arquitectos miraban con ojos extraviados, como quien contempla una extravagancia, los monumentos ojivales, porque no obedecían a los preceptos de Vitrubio; en que los jurisconsultos acogían con una sonrisa de compasión y de desdén los fueros municipales, estimándolos una aberración jurídica, hija de la barbarie de los siglos medios, argumentando a estilo de

Cujas, *pretor non dixit, ergo non est jus*; pero en nuestros dias, semejante lenguaje es un anacronismo insoportable[67]. Savigni, Mackeldey, Bornemann, Roeder y otros han propuesto la resurrección del pretor, como órgano esencial para el desenvolvimiento regular del Derecho civil, en las naciones modernas; no hay que dudar que lo ejercerian a la maravilla, jurisconsultos que tal idea tienen del Derecho y de su vida! No cabiendo dentro de las categorías estereotipadas del Derecho escrito, tampopo les cabe en la cabeza; poco importa que esa costumbre exprese una convicción viva y sana de la conciencia nacional; presumen saber más que la nación, y pretender echar por tierra sus más originales creaciones, bajo pretexto de que no obedecen a la canónica tradicional.

Afortunadamente, al pueblo aragonés, pueblo por excelencia jurídico, no se le atraviesan sutilezas ni argucias del género escolástico, ni le arredra el que un acto, o una institución, descubra caracteres mixtos de contrato y de última voluntad. El *agermanamiento* consuetudinario del Alto Aragón, más bien se refiere a la *hermandad* establecida por Fuero Real, que al testamento mancomunado de la costumbre castellana. No se trata ya, como el primer modo de hermandad (*hermandad* del Fuero), de hacerse comunes los bienes de todas clases de la pertenencia de ambos cónyuges, para ser divididos por mitad entre los herederos del premuerto y el sobreviviente o los suyos, sino que se suceden uno a otro en el dominio universal de la herencia; el que sobrevive se hace dueño absoluto de los bienes que poseyeron en común durante el matrimonio, lo mismo que de los que fueron de la pertenencia de cada uno. El pueblo altoaragonés ha excedido en esta, como en tantas otras materias, lo que era vivo desideratum de la filosofía del derecho. Habia creado y conservado la *viudedad foral,* regocijo del derecho natural y envidia de todas las legislaciones; dio un paso más y produjo el *casamiento en casa,* prórroga de la viudedad, o usufructo foral; todavía poco satisfecho de esta segunda creación, elevó el usufructo a categoria de dominio, resultando el *agermanamiento.* De peldaño en peldaño, los derechos de los viudos han ido creciendo hasta absorber la personalidad entera de la familia, y ser una *juris continuatio* de aquella persona-

lidad superior de que formó parte, de la sociedad conyugal, y por el contrario, las esperanzas de los herederos del cónyuge premuerto han ido menguando y encogiéndose hasta disiparse del todo. Institución tan individualista como ésta, a primera vista, parece una desarmonia en el cuadro del derecho consuetudinario altoaragonés, eminentemente *familiar y troncal*, e inclinado al vinculo y al señorio, y sin embargo, no es asi: primero, porque este derecho distingue cuidadosamente entre matrimonios de *herederos* y matrimonios de *solteros* (que casan constituyendo vecindad y familia aparte de las de sus padres, dotados los dos, heredado ninguno), y el agermanamiento es privativo de los segundos, como el casamiento en casa lo es de los primeros; segundo, porque limitan siempre la institución diversidad de condiciones, en consonancia con el carácter familiar que reviste dicha legislación consuetudinaria.

Respecto de lo primero, sabemos ya que cuando, en la capitulación matrimonial, uno de los contrayentes es instituido heredero universal del patrimonio de sus padres, y el otro dotado, se impone a aquél como condición el que nombre a su vez sucesor en la universalidad de los bienes heredados a uno de los hijos que nacieren de aquel matrimonio, y al segundo la reversión de la dote a la casa nativa, si llegase a morir sin hijos. También se observa esto en los matrimonios de *solteros*, cuando hay gran desigualdad en cuanto a los bienes aportados por cada uno de ellos; no se agermanan, porque los dotantes imponen a la dote la condición de la reversión, y no pueden donarse sus bienes. Este modo de asociación solamente se usa, o casi sólo, entre contrayentes solteros que entran en el matrimonio bajo un pie de igualdad, y principalmente, cuando los bienes que poseen los han adquirido de mancomún. Porque es de advertir que, si bien algunas veces esta asociación se constituye ya desde el principio en la capitulación matrimonial, lo ordinario es que se dilate para cuando han perdido la esperanza de procrear hijos, o al menos para cuando ha pasado un año, y se han armonizado de tal manera los caracteres que pueden sin peligro darse esa prenda de mutuo cariño y confianza. Todavia hay que distinguir, en punto a solemnidades, entre la zona de montañas y el Somontano. En aquélla, el pacto

de constitución se celebra públicamente, con asistencia de los padres y parientes, los cuales, como que renuncian por este hecho a los derechos que pudieran un día invocar sobre los bienes de los cónyuges que se agermanan. En el Somontano, esta intervención es innecesaria, porque *las dotes son libres*; mas, por lo mismo, han menester hacerlo como a escondidas, y en escritura separada de la capitulación matrimonial, recatándose de sus parientes, presuntos herederos, a fin de evitar que se entibien por este hecho sus buenas relaciones con ellos, y ponerse a cubierto de las reconvenciones, de la frialdad, de la desconsideración, o del desvío, y aun hostilidad manifiesta, de que pudieran ser víctimas por parte de aquéllos, hasta el punto de hacerles amarga la existencia y obligarles a retroceder. Por esto, no inscriben el agermanamiento en el Registro hasta que fallece uno de los cónyuges, sin que corra peligro la mujer de que su marido enajene los inmuebles, porque, a causa del usufructo foral, habrían de intervenir los dos en los contratos de compraventa, o cualquier otro.

Queda dicho que el agermanamiento es ordinariamente condicional. 1.° Si no nacen hijos de aquel matrimonio, o fallecen antes que sus padres, el viudo se hace dueño absoluto de los bienes de su premuerto consorte y puede disponer de ellos a su arbitrio. 2.° Si hubo hijos, el cónuyge viudo puede enajenar bienes para sus necesidades propias, pero no cederlos a título lucrativo. 3.° Si el sobreviviente, hecho dueño de todos los bienes, fallece sin haber dispuesto de ellos, recaen por iguales partes en los herederos de las casas nativas de los dos cónyuges.

Voy a transcribir algunas cláusulas de contratos de hermandad conyugal procedentes de diversos lugares del Pirineo. «Los contrayentes F. y N. declaran que, *perteneciendo al primero en absoluto dominio los bienes expresados, y a la segunda la propiedad del dote, y poseídos como éstan de su buen comportamiento para en adelante, pues que se conocen bastante, y para darse una prueba de mutuo cariño,* han resuelto *asociarse* en la forma siguiente: Es su voluntad que todos los bienes muebles, inmuebles y créditos que hoy poseen y en adelante puedan adquirir, sean comunes de ambos, sin que ninguno de ellos por separado pueda venderlos ni gravarlos en parte ni en todo, y

los que existan a la muerte de cualquiera de ellos, quieren que sean del absoluto dominio del sobreviviente, con facultad de disponer libremente, *tanto habiendo sucesión como no habiéndola*, con la única obligación de costear el entierro y funerales del premuerto, a uso y costumbre de su casa, y las misas que guste (o bien, treinta misas en los dos años siguientes a su muerte). Cumplido esto, podrá el sobreviviente, con la sola presentación de la partida de defunción del premuerto, incautarse de todos los bienes de aquél, inscribirlos a su nombre en el Registro de la propiedad, y hacer de ellos lo que quiera. Si el sobreviviente fallece *sin hijos y sin testar*, se partirán todos los bienes que existan a partes iguales entre las respectivas casas nativas, con el cargo de que celebren por el alma de cada uno cien misas rezadas en cuatro años sucesivos al de su muerte. Si fallece *intestado y con hijos*, los dos parientes más cercanos, uno de cada parte, nombrarán heredero a aquel de los hijos que crean más conveniente, imponiéndole el cargo de dotar a los otros al poder de la casa trabajando en beneficio de ésta y sirviéndoles en parte de dote el caudal que posean.» Variante de este pacto: «Sólo exceptúa la contrayente de esta donación mutua, la legítima que obtenga de su casa, de la cual tendrá derecho a disponer, y si no dispone, recaerá en su señor padre. Si el sobreviviente fallece sin hijos y sin testar, se partirán todos los bienes que existan en tres porciones iguales: una, para sufragios por el alma de los contrayentes, en el año de la muerte del último, a cargo del cura de su pueblo; otra, para la casa nativa de la contrayente, y otra, para la casa paterna del contrayente». Otra he visto en que los cónyuges se instituyen herederos recíprocamente, sin más obligación que la de dar diez pesetas a cada hijo por razón de legítima.

Más cláusulas: «Es condición precisa que dichos cónyuges se acogen y admiten a *hermandad llana*, y en su consecuencia, *los bienes de parte de arriba traídos y mandados, y los que se adquieran constante matrimonio, así a título lucrativo como oneroso, recaerán en el sobreviviente*, para que pueda disponer de ellos a su libre voluntad, y si muriese sin hacer disposición, recaerán por partes iguales en los respectivos derechohabientes». Por ignorancia de las partes y del notario, se ha aplicado

aquí un término técnico que no corresponde al contenido del pacto. El siguiente lo otorgan dos esposos que, después de varios años de matrimonio, no tienen ningún hijo: «*Muerto uno de los cónyuges, el que de ellos sobreviva heredará todos los bienes y derechos del premoriente,* pues desde ahora se nombran mutuamente en herederos universales el uno al otro, pudiendo, por lo tanto, disponer aquél de sus bienes y de los que herede del premuerto con absoluta libertad; pero si falleciese intestado, de los bienes que existan a su fallecimiento se harán dos partes iguales, una para los derechohabientes, o herederos legales del uno, y otra para los del otro». «Si muere uno de los cónyuges sin haber dispuesto de sus bienes, el sobreviviente los heredará y poseerá, pudiendo disponer de ellos por venta, o cualquier otra forma de traslación; pero si *hubiese hijos de este matrimonio, uno de ellos heredará los bienes que existan al tiempo de nombrarlo*». «Y F. N. dijo que adquirió la deslindada finca con dinero propio y de su mujer, por mitad, pero que por hallarse ésta ausente no pudo figurar en la escritura, y que, por las razones expuestas, han resuelto asociarse, y a este efecto, otorgan la présente escritura con los pactos siguientes: Es voluntad de los comparencientes que todos los bienes que hoy poseen, entre ellos las deslindadas fincas, así como los que en adelante puedan adquirir por cualquier título, muebles, inmuebles, o créditos, sean comunes de ambos, sin que ninguno por separado pueda disponer de ellos, y los que quedaren a la muerte de cualquiera de ambos, *si no tienen sucesión*, quedarán del dominio absoluto del sobreviviente, con facultad de disponer libremente, etc.; *si fallece con hijos,* podrá el sobreviviente vender y gravar los bienes del premuerto para sus atenciones, otorgando las escrituras correspondientes, y nombrar heredero, de los que no venda, al hijo que le acomode, etc.; el sobreviviente queda facultado para inscribir a su nombre en el Registro los bienes relictos, si no hay hijos, como heredero universal que queda instituido, y si los hay, podrá hacerlo igualmente para vender y gravar los bienes y nombrar sucesor al que le parezca más conveniente; si fallece intestado y sin sucesión, se distribuirán los bienes que existan entre los dos hermanos de los contrayentes a partes iguales, y en defecto de éstos, entre las personas que les hayan sucedido...».

Notas

[63] Sentencia del Tribunal Supremo, fecha 30 de junio de 1869.

[64] Sucede con las costumbres jurídicas lo mismo que con los vocablos: muchos que estuvieron en uso en Castilla y en Aragón (*mulmeter, mueso,* î [ibi], el adverbio de lugar francés *y*, etc.), han caído en desuso en Castilla y siguen usándose en Aragón.

[65] Observ. 1 *de testam.*, y Sentencia del T. S. de 21 de octubre de 1868. Vid. resuelta en este sentido una consulta en el *Boletín de la Revista general de Legislación y Jurisprudencia,* t. XXIX, p. 817.

[66] Es ahora el art. 669 del Código civil español; vid. también el art. 733. (Nota de la 2.ª edición).

[67] En los comentaristas del período antecedente, cuéntanse varios que, conformes con la prohibición del pacto recíproco de suceder, exceptúan el testamento mancomunado de marido y mujer, porque, entre ellos, el amor conyugal ha de hacer que no se deseen la muerte: si bien, con la misma limitación que pone a la *hermandad* la ley citada del F. Real, esto es, que no otorguen el testamento hasta después de un año de casados. Tales, el Doctor Gutiérrez, *de juram. confirm.*, p. 1, cap. 3, n. 25; — Cevallos, *comm. contra comm.*, *q.* 140, n. 11; — Aguila ad Rojas, *de incompet.*, part. 1, cap. 7, n. 74; — Barbosa, *Collect. in lege «Licet inter privatos»* Cod. *de pactis;* — Cit. por J. F. de Castro, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes,* libro II, disc. III t. 1, p. 96.

10. Capítulo Acogimiento o «casamiento a sobre bienes»

Fuera del heredamiento universal simple, que ya hemos estudiado (cap. IV), tres son, principalmente, los modos de constitución de familias compuestas, en la zona pirenaica altoaragonesa. 1.ª División interior de una familia en dos o tres diferentes, mediante *heredamiento «in solidum»* de dos hermanos y condición de vivir en comunidad. 2.ª Yuxtaposición de dos familias extrañas, por el vínculo de una tercera, mediante heredamiento universal mancomunado de un hijo de la una y una hija de la otra dícese a esto, en el país, *juntar dos casas*. 3.ª Unión de dos o más familias, mediante adopción que una hace de las demás; el nombre técnico-consuetudinario de este modo de asociación, el más importante de todos, es *acogimiento*.

Vamos a describir esta última, dejando las otras dos para el siguiente capitulo.

1) *Concepto del acogimiento, o «casamiento a sobre bienes»*. — Acto y contrato por virtud del cual una familia heredada, con hijos o sin ellos, recibe en su compañía a otra, u otras familias, de parientes, o extraños, en el acto de constituirse, o constituida ya, y con hijos o sin ellos, formando entre todas una comunidad familiar, que es a un tiempo sociedad de producción, de consumo y de gananciales, y, en ciertos límites, de sucesión mancomunada. Es una imitación del heredamiento universal que ya conocemos. La fuente de esta institución es el pacto, pero regido por reglas que un uso secular ha hecho de general observancia. Ordinariamente se estipula en un mismo acto el matrimonio que se proponen celebrar los *acogidos*, el compromiso que contraen los *acogentes* de adoptarlos o admitirlos en su casa como cousufructuarios y coadministradores del patrimonio que disfrutan, el régimen de los bienes, el orden de la sucesión, y el modo de ventilar por consejo de parientes o de árbitros las diferencias que en el seno

de la comunidad puedan suscitarse. Ofrece, pues, este singular estatuto multitud de aspectos: es capitulación matrimonial, o constitución de sociedad conyugal, respecto de dos de las personas que en él intervienen; acta de adopción y escritura de sociedad familiar, entre ellas y las restantes; testamento irrevocable; y compromiso de arbitraje. El *acogimiento* se llama también *casamiento a sobre bienes* (que no debe confundirse con el «casamiento en casa», explicado en el cap. VIII).

En alguna comarca lo he oído nombrar también casamiento *a patull*, calificativo, por demás, expresivo.

2) *Fines de esta institución.* — Son múltiples, pero no todos concurren en cada caso. Enumeraré los principales.

1.° Mantener vivo el apellido de la casa, íntegro el patrimonio, y el solar de los antepasados en pie, cuando, por falta de sucesión directa, está próximo a extinguirse. Obra aquí algo del antiguo sentimiento que hizo de la adopción una de las instituciones más esenciales en el derecho de los pueblos primitivos de estirpe aria.

2.° Suplir la falta de hijos y de cabaleros o tiones para el cultivo del patrimonio y la gestión de los asuntos de la casa. El suelo de la montaña es pobre, y los jornales relativamente caros. Cuando el dueño de un corto patrimonio ha perdido la esperanza de tener sucesión, no ve sin inquietud acercarse el término de sus días, porque sus cansados brazos serán impotentes para arrancar al suelo el necesario sustento para sí y su consorte, y no podrá soportar el gasto de uno o más criados, ni, por otra parte, se ofrece nadie a llevar las tierras en arrendamiento. A fin de conjurar este peligro, disponer de brazos que sólo cuesten la manutención, y manutención tal como la consienten los escasos rendimientos del patrimonio, mermados por el fisco, y hacer de este modo más fecundo y productivo el suelo, prohijan a dos jóvenes solteros de escasa fortuna, los cuales aceptan sin vacilar una posición que les proporciona hogar y les asegura la subsistencia por toda su vida y el medio de dotar a los hijos que les nacieren de aquella unión. Con esto puede ya la casa extender su círculo de acción; en la temporada de la siega, los jóvenes salen de sus montañas y des-

cienden al llano, a fin de acrecentar con su jornal los reducidos haberes de la comunidad; cuando ha dado fin la siega en los somontanos, principia a madurar la mies en la montaña, y los segadores regresan a su hogar para emprender la recolección de la cosecha propia. De este modo, uniéndose el trabajo activo de la juventud desheredada con el capital inmueble de la solitaria vejez, colmando con los artificios del derecho los vacíos que dejó la Naturaleza, agrupando en familias civiles los elementos dispersos o sobrantes de las familias naturales, continúan habitadas las áridas vertientes del Pirineo aragonés, que de otro modo se despoblarían en buena parte.

3.º Impedir la detracción de dotes o legítimas, a fin de salvar la unidad y la integridad del patrimonio, no desmembrando ni echando sobre él más gravámenes de los que tal vez sostiene ya y hacen ineficaz el trabajo de la familia, antes bien, acrecentándolo y reanimándolo con los capitales aportados por los cónyuges forasteros. Cuando uno de los hijos de un labrador no muy aventajado es instituido por éste heredero universal, toma sobre sí la carga de dotar a sus hermanos al haber y poder de la casa; siendo el patrimonio de mediana cuantía, desmembrarlo o partirlo para adjudicar su legítima a uno o más hermanos que toman estado, equivale casi a destruirlo; por el contrario, acrecerlo con la legítima de una o más personas extrañas que de fuera vengan a casar en aquella casa, es infundirle un enérgico soplo de vida, acaso desahogarlo de deudas, levantarlo de su abatimiento, restaurarlo, hacer más intensas por la virtud del capital flotante las fuerzas productivas de su suelo. Con lo primero, se le merma el número de brazos; con lo segundo, no tan sólo se le conservan, sino que se le aumentan. El acogimiento sirve a maravilla para evitar aquello y conseguir esto; por su medio se trueca en beneficio lo que de otro modo sería, y para la generalidad es, una desventaja. A este propósito obedece muchas veces el que los herederos acojan o concedan casamiento sobre sus bienes a alguno de los segundones cabaleros, que adquirió con su industria un peculio relativamente cuantioso, o a una de las hermanas cuya mano es solicitada por un cabalero extraño. Uno de los resultados que indirectamente se logran con esto es apre-

tarse más y más, con la comunidad de intereses, los lazos de la sangre, que suelen aflojarse y relajarse cuando los hermanos se constituyen en centros domésticos independientes.

4.° Alguna vez, el primogénito, instituido heredero universal por sus padres, mayormente si ha quedado viudo y no siente inclinación a contraer un nuevo enlace, acoge a un segundón cuyas dotes de administrador, superiores a las suyas, le son conocidas por experiencia, con la mira de descargar en él, como en un *alter ego*, todos los cuidados de la casa, confiándole las riendas del gobierno doméstico y, por decirlo asi, jubilarse antes de tiempo sin desprenderse, no obstante, de la suprema autoridad que como señor y dueño principal le pertenece.

5.° Otro de los fines es el de prestarse mutua ayuda y socorro, como en una asociación ordinaria.

Aclaran y confirman esta enumeración de fines las cláusulas que transcribo a continuación, halladas en protocolos, notarías y casas particulares: «*En virtud de que los nombrados don N. y doña F. no han tenido sucesión hasta la fecha, y necesitan el auxilio de otras personas para hacer frente a los trabajos de la casa y conservar los intereses, quieren que los consortes don M. y doña Z. vivan en su compañía a un mismo hogar y gasto*, etc.». «Manifiesta el F. G. que, en atención a la *carencia de brazos que siente en su casa para el cultivo de su patrimonio*, permitió al J. F. contraer matrimonio sobre sus bienes con su hermana Francisca G.; que tanto el J. F. como el F. G. han enviudado, y *sintiéndose la misma falta*, han resuelto enlazar a un tiempo con M. y T., hermanas, *para que juntos puedan contribuir a la explotación y cultivo del patrimonio*, concediendo, como concede, el primero al segundo nuevo casamiento en la forma que se conoce en este país por "sobre bienes", o lo que es lo mismo, etc.». «*Que careciendo de hijos y no pudiendo atender debidamente a la gestión de su patrimonio por falta de brazos*, acoge e instituye heredero a N...». «La Joaquina C. (heredera) y su consorte José, *en razón a que carecen de brazos para cultivar su propiedad, y en recompensa a los buenos servicios que ha prestado a la casa Juan*, hermano de aquélla, le permiten casamiento sobre todos sus bienes con

Antonio R...». «El Joaquín F., como heredero de su casa paterna, *considerándolo ventajoso a sus intereses, atendido el buen carácter y laboriosidad de su hermano Ramón*, concede la facultad a éste para que contraiga matrimonio con la expresada Teresa A., y admite a ambos a su casa e intereses, para que formen una sola familia...». «Que *con el objeto de sostener mejor sus respectivas cargas conyugales y demás obligaciones de sus familias*, han determinado unirse ambos matrimonios en la casa del primero, formando una sola familia, y en su virtud otorgan la presente escritura...». «*Por cuanto José Borau y Josefa Araguás, cónyuges, carecen de hijos*, han acordado llevarse a su casa al sobrino de aquél, Ramón Borau, y a su consorte, Isabel Gil, cónyuges, y *adoptarlos por hijos*, como de hecho los adoptan, siendo su voluntad que vivan con los adoptantes en una misma casa; y a este fin, los dos primeros, de su libre y espontánea voluntad, dan y mandan, para después de sus días, a los dos segundos todos sus bienes y haciendas...». «Aprobado el segundo casamiento de doña Francisca S. con don Juan V. (viudo de la heredera) por doña Joaquina G. (instituyente y señora mayor) y otros parientes, queda constituida sociedad familiar entre las tres citadas personas y los hermanos y nietos de la última R., J., R., P., bajo el gobierno y gerencia de la doña Joaquina, *con el fin de socorrerse y ayudarse mutuamente y consumir los productos y rentas de todos sus bienes en beneficio de esta comunidad familiar, y de levantar las cargas de la misma mientras durare*».

3) *Acogentes y acogidos, o adoptantes y adoptados.* — Por la precedente enumeración de fines perseguidos en esta institución, se habrá venido ya en conocimiento de que, unas veces, los acogidos son deudos de los acogentes, y otras, enteramente extraños. Lo primero es lo más común. A menos que se atraviesen obstáculos insuperables, procuran los acogentes no adoptar sino parientes suyos, por ejemplo, un tío, hermano o sobrino del uno, y una hermana, tía o sobrina del otro. La razón de esto a cualquiera se alcanza. No es menos obvia la consecuencia de que no ha de afectar en gran manera a la institución la existencia o la falta de hijos; y con efecto, si en ocasiones la motiva la carencia de ellos, no son raros los casos

en que los tengan, no sólo los instituyentes, sino además los instituidos, señaladamente en los pueblos de *La Fueva*. «En su virtud, el Mariñosa y su esposa, *con sus tres hijos*, pasarán a vivir, formando una sola familia, a la casa del Solano y su esposa, quienes sólo tienen *un hijo*». Lo común y ordinario es que no los tengan unos ni otros, o al menos los acogidos, como que casi siempre se casan éstos a título de acogimiento. A menudo también asisten al otorgamiento de la capitulación los padres de los acogentes, y aun los padres de los acogidos.

Aun cuando esta institución consuetudinaria dista mucho de ser la adopción del Fuero, no estará de más recordar aquí que, según el fuero único *de adoptionibus* y de la observ. 27 *de generalibus privilegiis*, «aunque el padre tenga hijos legítimos, puede adoptar a un extraño, el cual deberá suceder juntamente con aquéllos en los bienes del padre, así como también pagar sus deudas». Asso y De Manuel dicen que no se halla en uso esta institución.

4) *Cousufructo y coadministración de acogentes y acogidos.* — El primero de los derechos que, por virtud del acogimiento, adquieren los acogidos es el usufructuar el patrimonio de los acogentes a una con éstos, y si les sobreviven, continuar disfrutándolo durante toda su vida, solos, o en unión con los hijos de aquéllos si por ventura los tuvieron. «Permiten al Joaquín F. que contraiga este nuevo enlace sobre los bienes de aquél, en la forma conocida en este país por "sobre bienes", o lo que es lo mismo, *le admiten a él y a su consorte el usufructo de la citada herencia, en igual parte que sus propietarios*, con derecho además de que sus hijos sean mantenidos en ella y dotados al haber y poder de la casa...». «Su hermano F. y la esposa de éste le acogen a él y a su consorte y sucesión legítima sobre todos sus bienes habidos y por haber, así muebles como sitios, *con obligación de invertir sus productos en el sustento de ambas familias*; en especial, los acogen sobre los inmuebles que se expresan a continuación...». «Es pacto que cuando llegue el caso de que los acogentes nombren heredero a uno de sus hijos, *se reserve a los acogidos el ser señores mayores y usufructuarios de los bienes de la casa*. Si los acogentes fallecieren antes de haber designado heredero universal entre

sus hijos, previenen a las personas llamadas para hacer ese nombramiento en la capitulación de su difunto hijo heredero don A., que *impongan al nombrado la obligación de reverenciar a los acogidos don Juan V. y su esposa, y de respetarles el derecho de usufructo que les corresponde sobre todos los bienes de la casa,* oyéndoles en todo aquello que el tal heredero crea útil para la conservación y fomento del patrimonio. Pero no podrán disfrutar de ese usufructo si no es permaneciendo en la casa, e invirtiendo todos los productos y rentas en beneficio de ella...»

Este derecho de cousufructo lleva consigo otro, la coadministración, si el cual, fuera aquél ilusorio. «Que viviendo así en sociedad familiar, *no han de poder empeñar, vender ni gravar bienes de la casa sino con la intervención de los cuatro cónyuges...* o de los que sobrevivan de ellos». «Los acogentes se comprometen a asistir y alimentar a los acogidos con todo lo necesario a la vida humana, *tratarlos con toda consideración, como si también fuesen dueños de la casa, y no hacer ni deshacer cosa alguna en el gobierno y administración de ella y de su patrimonio sin previa consulta y consentimiento del expresado hermano acogido».* «No podrá el F. (acogente) vender ni gravar bienes de dicha herencia sin el concurso del N. (acogido), *para evitar que desaparezca el usufructo concedido a éste y su consorte; y para todas las operaciones de la casa, incluso la recolección y la distribución de frutos, deberán prestar ambos su conformidad».* «Es condición que acogentes y acogidos han de vivir juntos, constituir una sola familia, y *consultar entre sí aquello que tienda al buen gobierno y administración de la casa y bienes,* alimentándose todos con sus productos, y trabajando cada uno lo que pudiere en beneficio común: los acogidos F. y F. deberán guardar a sus hermanos Rafael y Petra (acogentes) el respeto y consideración que les son debidos como señores mayores y herederos que son de dichos bienes, pero *no podrán vender, empeñar ni gravar bienes sin recíproco consentimiento».* Otras veces se previene tan sólo que «las ventas y compras se hagan de mutuo acuerdo, así como *los demás asuntos que revistan alguna importancia».* En otras se hace resaltar más la relación de igualdad en que entienden estar

unidos acogentes y acogidos: «Todos los asociados de ambas familias serán asistidos con todo lo necesario, *siendo los referidos Solano* (acogente) *y Mariñosa* (acogido), *con sus repectivas consortes, dueños y amos por igual, sin preferencia de uno sobre el otro»*. Esto no obstante, obsérvase casi siempre que es el acogido quien sostiene el mayor peso de la administración y gobierno de la casa, como si fuera gerente único y universal, no invocándose la intervención del dueño acogente sino cuando hay que otorgar alguna obligación, o cuando ha de salir la casa responsable al pago de algún crédito, etc.

5) *Heredamiento universal y legítimas.* — Lo mismo que en el heredamiento simple, establécese en el estatuto de constitución de esta sociedad el orden de suceder en la universalidad de los bienes para que no se disuelva el patrimonio y la familia se perpetúe. Según he podido observar, el uso ha autorizado dos distintos sistemas: el uno, con carácter de general; excepcional y rara vez usado el otro.

1.º La regla general es que un hijo de los acogentes sea heredero de todos los bienes que posea la sociedad, procurando casarlo con otro hijo de los acogidos; luego, al haber y poder de la casa reciben legítima los demás hijos, sean de uno o de otro matrimonio; si los acogentes mueren sin sucesión, recae la herencia en uno de los hijos de los acogidos. «Los acogentes se reservan el derecho de contraer segundas o ulteriores nupcias, caso de que enviudaren; y si de ellas les nacieren hijos, uno de ellos será heredero universal con preferencia a los de los acogidos, pero, en tal caso, *se hará lo posible porque el tal heredero, o heredera, case con una hija o hijo de los acogidos;* los demás hijos, así de éstos como de aquéllos, serán dotados al haber y poder de la casa, etc.». «Si los acogentes don Clemente y doña María no tuvieren sucesión de su actual matrimonio, ni el don Clemente de otro u otros que pudiere contraer, *sean herederos de todos sus bienes los citados F y N.* (acogidos), *pero con la condición de que en su día transfieran el mismo derecho, con título de universalidad a uno de sus hijos,* aquel o aquella que elijan sus padres a una con los acogentes, si viviesen, y si todos hubiesen fallecido sin haber hecho la elección, la harán los dos parientes más cercanos, uno de cada parte, y en caso de discor-

dia, el juez de primera instancia del partido». *«Si los acogentes muriesen sin sucesión, sea heredero uno de los hijos de los acogidos,* aquel que éstos y aquéllos, o los que de ellos sobrevivan, tengan por bien elegir». «Que *un hijo o hija del Jorge V.* (acogente) *ha de ser heredero de todos los bienes, y si fallece sin hijos, será heredero su hermano Mariano* (acogido), *o uno de los suyos,* a elección de los cuatro cónyuges, o de los sobrevivientes, y faltando todos, de dos parientes y el cura, etc.».

2.° La otra regla garantiza menos la unidad del patrimonio. Si se hace imposible la combinación dicha, o sea un enlace entre hijos de los dos matrimonios, unas veces se divide la herencia en dos partes iguales, y se instituye heredero de una de ellas a un hijo de los acogentes, y de la otra a un hijo de los acogidos; otras veces, aquéllos heredan a uno de sus hijos en los bienes que componían su patrimonio, y éstos otro de los suyos en los bienes que aportaron a la sociedad. «Acogen e instituyen herederos para después de sus días, J. B. e I. G., con la condición de que si los dichos adoptantes tuviesen hijo o hija de este matrimonio (al presente no lo tienen) y fuese posible en su día combinar un enlace con otro hijo o hija de los acogidos, se ejecute así, quedando universales herederos tanto de los bienes de aquéllos como de los que posean y hayan adquirido éstos; *caso de que no puedan convenirlo así, se dividirá la hacienda, y serán herederos los hijos de una y otra parte por mitad y a partes iguales».* «Por cuanto el cónyuge D. Piedrafita (cabalero, acogido) aporta de dote tanto como vale la casa y patrimonio de los acogentes, *uno de los hijos de éstos será heredero de la mitad de los bienes de la casa, si quiere, o de los de sus padres y gananciales, y de la otra mitad, o de los de sus padres y gananciales, uno de los hijos de los acogidos,* debiendo ser sus hermanos mantenidos y dotados por ellos, etc.». «Item fue pactado que *el hijo que al presente tiene el acogente Solano, u otro que tenga en lo sucesivo, pueda casar con una de las tres hijas del acogido Mariñosa, si se agradaren, y en este caso, sean herederos de todos los bienes de sus respectivos padres,* con obligación de dotar a sus hermanos al haber y poder de la casa; y si no llegase a buen término esta unión, *serán herederos separadamente un hijo de los acogentes y otro de los acogidos,*

cada uno de sus respectivos bienes, aquel que sus padres crean más conveniente...» El caso a que alude esta última cláusula, me es conocido personalmente; una de las hijas de los acogidos, que han fallecido, contrajo matrimonio con el hijo de los acogentes, con lo cual no ha sido menester dividir el patrimonio de la comunidad.

6) *Casamiento en casa y convolación fuera de ella.* — En una capitulación del siglo pasado (XVIII) he leído esta cláusula: «Pactan que no pueda contraer otro matrimonio ninguno de los dos adoptantes, para que tenga siempre el debido efecto esta capitulación». Hoy ha caído esto en desuso, si es que fue práctica general algún día; y los otorgantes pactan siempre lo contrario de aquello. Así los adoptantes como los adoptados se reservan el «casamiento en casa», los segundos con prórroga del acogimiento y del usufructo contractual; de donde resulta que alguna vez se junten en una de estas familias compuestas, hijos de seis diferentes matrimonios. «Tendrán derecho, así la Joaquina (heredera acogente) como su consorte Francisco, a contraer ulteriores nupcias sobre dichos bienes, con la persona que sea de su agrado la primera, mas el segundo con persona de edad proporcionada y previa aprobación de dos parientes, uno por cada parte». «Cuando alguno de los acogidos enviude con hijos (a veces se dice con hijos o sin ellos), podrá contraer segundas nupcias con el beneplácito de los adoptantes, pactando lo que se considere más conveniente, asegurando las dotes del nuevo cónyuge, y demás; si los adoptantes hubiesen fallecido, otorgarán el consentimiento dos parientes de cada parte y el juez municipal...». Los derechos de todos se regulan por el principio de la más estricta igualdad; el heredero viene obligado a mantener a los hijos de todos los asociados, siempre que trabajen en beneficio de la casa, y a dotarlos al haber y poder de la misma, sirviéndoles en parte o todo de dote el peculio o caudal que poseyeren y la legítima de sus padres (donde no está en uso la confusión absoluta de bienes).

Los efectos del casamiento en casa, por lo que respecta al heredamiento y al cousufructo, son: 1.° Los hijos de los acogentes, sean del primero, sean de ulteriores matrimonios, tienen prelación sobre los hijos de los acogidos, de cualquier matri-

monio que fueren, para suceder en la universalidad de los bienes; pero si el acogido es hermano del acogente, y fallece éste sin sucesión, y su consorte tiene hijos de otro matrimonio, los del acogido tienen derecho preferente sobre éstos, por lo que respecta al heredamiento. «Joaquina C., casada con Francisco B., acoge a su hermano Juan C., casándolo sobre sus bienes; y pactan que si del presente enlace no tiene hijos la Joaquina, y sí de los posteriores, sea heredero uno de ellos; pero si fallece sin sucesión, lo sea alguno de los del acogido Juan con preferencia a los del Francisco B., pues éstos, siendo de otra mujer que la Joaquina, sólo tendrán derecho a ser mantenidos y dotados al haber y poder de la casa». 2.° Cuanto a la jefatura y señorío mayor, rige criterio idéntico; el cónyuge viudo del dueño acogente tiene prelación respecto de los acogidos, mas no el viudo; es decir, que si el acogente fallece, y su consorte contrae nuevo matrimonio y muere a su vez, su viudo ocupa un lugar después de los acogidos. Vale esto respecto de la jefatura, no respecto del usufructo, que usufructuarios lo son todos, y mientras uno de ellos viva, el hijo nombrado heredero no posee más, ni de más puede disponer, que la nuda propiedad del patrimonio; por manera que, aun después de haber sido instituido sucesor universal, pueden entrar en la casa personas extrañas con derecho a usufructuar vitaliciamente su patrimonio. *«Cuando llegue el caso de que los acogentes instituyan heredero universal a uno de sus hijos, sea con la precisa condición de que los acogidos han de ser señores mayores y usufructuarios de los bienes de la casa».*

Es aplicable a la presente institución toda la doctrina expuesta en otro lugar tocante a «convolación a otro matrimonio» fuera de la casa. El acogido que enviuda sin hijos (a veces pactan que aun teniéndolos) está autorizado para convolar a un nuevo matrimonio, sacando de la casa de su difunto consorte su dote o legítima y, generalmente, la mitad de los gananciales. Si el acogido es hermano del acogente heredero, como viene obligado a dotarlo en proporción al patrimonio de la casa, se valora la legítima o dote (aunque no se hace efectiva la entrega) en el estatuto de constitución de la sociedad familiar, a fin de reclamarla cuando llegue el caso de la convo-

lación, o para el de una separación por causa de discordia. En esta previsión, los bienes (muebles, por punto general) que aportan a la sociedad los acogidos, les son asegurados por los acogentes con hipoteca especial en fincas de su patrimonio, a menos que no renuncien a ella, por evitar el pago del impuesto de derechos reales, o porque su cualidad de coadministradores pone su capital a cubierto de todo peligro. «Los acogidos renuncian a la hipoteca *legal* (?) que tienen derecho a exigir de los acogentes, por la confianza que tienen de que no malversarán sus capitales». Si la convolación la efectúan dejando hijos en la casa de los acogentes, se les retiene la dote, los gananciales y el reconocimiento, unas veces en su totalidad, otras en su mitad tan sólo.

7) *Obligaciones de los acogidos.* — Respetar a los acogentes «como señores mayores», y dirigir todos sus esfuerzos y afanes al mayor pro de la comunidad. «Por su parte, el Ramón F. y su futura consorte T. *se comprometen y obligan a trabajar en la casa y bienes de los acogentes cuanto les sea posible, con el mismo interés que si se tratase de bienes suyos propios, y a respetarlos, obedecerlos y reverenciarlos como señores mayores, etc.»*. Es deber de los acogidos trabajar sin estipendio a beneficio de la sociedad familiar de que forman parte, no ocultar ninguna de sus ganancias ni constituirse peculio independiente; si trabajan a jornal en la casa de otro vecino, o fuera del lugar, en las temporadas de siega, recolección de la aceituna y pastoreo del ganado trashumante, o en el cultivo de las viñas y en las obras públicas del otro lado del Pirineo, todo cuanto ganan cede en beneficio y aumento del patrimonio de los acogentes. De algún pueblo de la montaña, cuyos vecinos no gozan entre los comarcanos fama de leales ni de inteligentes, se me ha dicho que, en obra de una generación, ha ido disminuyendo gradualmente el número de acogimientos, antes frecuentísimos, a causa de haber sido poco fieles los acogidos, de no haber puesto en el trabajo la debida diligencia, de haber formado *cabal* aparte, de haber obligado a la casa de los acogentes a dotar muchos hijos, etc.

A veces, se reservan los acogentes, además del señorío mayor, la plena y libre administración, y entonces el deber de

sumisión es más estrecho en los acogidos. «Ramón Borau y su consorte adoptan a su sobrino José Borau con la suya, nombrándolo, para después de sus días, heredero universal, *con la condición de ser señores mayores y usufructuadores los adoptantes durante sus vidas, y poder disponer, manejar, cuidar y administrar todos los bienes, no sólo de los por ellos mandados, sino que también de los que aportan los dichos adoptados y de los que en adelante adquirieren...»* Por último, existen a veces en la casa sujetos imposibilitados física o moralmente, los cuales permanecen como ajenos a la constitución de esa comunidad, y en cuyo favor adoptan los acogentes las mismas medidas y cautelas que vimos en el heredamiento universal (capítulo VI).

8) *Discordias, juicio por parientes y disolución de la sociedad.* — La comunidad doméstica por vía de acogimiento se constituye de por vida, y sus efectos se prolongan hasta más allá de la muerte. Pero existen causas disolventes que trabajan interiormente por destruirla, y en la escritura de constitución se previene con muy buen acuerdo lo que en tal caso debe hacerse. En algunas del partido de Boltaña se observa el hecho singular de cerrarse con toda intención, acogidos y acogentes, la puerta de salida, haciendo de un modo indirecto indisoluble la sociedad: «Es pacto que ni acogentes ni acogidos puedan separarse ni constituir casa y familia aparte, y que el que así lo hiciera pierda *ipso facto* cuantos derechos y acciones pudiere alegar sobre los deslindados bienes». ¡Considérese a qué extremo será imperiosa en aquel país la necesidad de concentrar las fuerzas productivas, cuando con tan violento expediente ponen traba a su voluntad y hacen casi imposible la separación y el aislamiento! Pero no son racionales tales extremos; que un exceso de confianza en sí mismos y en el porvenir, a menudo se trueca en tormentosa servidumbre. Por esto, la costumbre más general autoriza la *separación con justa causa.* El decidir si para tal separación existe o no motivo bastante, se remite al arbitrio de un Consejo de parientes.

«Si, a pesar de que no se espera ninguna desavenencia en la sociedad, ocurriese alguna por la cual fuese conveniente una *separación, no puedan verificarla sino estando todos acordes,*

desde ahora toda intervención judicial, a no ser que ésta fuese precisa e indispensable para compeler a algún pariente al cumplimiento del encargo que por esta capitulación se le confiere».

9) *División de bienes en el caso de disolución de la sociedad.* — De que se verifique la separación con o sin justa causa, y algunas veces, de que sean causa los acogentes o los acogidos, dependen los derechos que competen a cada uno de los asociados, y la proporción en que ha de procederse a la división de bienes. He aquí por qué se rodea de tanta solemnidad aquella declaración. Entre las infinitas variantes que el pacto ha creado, pueden distinguirse como sistemas principales de regular la distribución del caudal de la sociedad, los siguientes:

1.° Los acogidos, al separarse, retiran los bienes que aportaron, o éstos y además la mitad de los adquiridos durante la comunidad. «Si por no poder congeniar acogentes y acogidos, tuvieren que salir éstos de la casa, *se llevarán las 3 200 pesetas que aportan a ella,* en la misma forma que resulte de documentos públicos o privados haber sido ingresadas, siempre que la separación sea con motivo fundado, a juicio de, etc.». En este caso, el trabajo de los acogidos se da por suficientemente retribuido con la manutención propia y la de los hijos, si los tienen. Igual criterio rige en la siguiente cláusula: «Si Juan C. (acogido, hermano de la heredera acogente) gustase separarse de la Joaquina y Francisco, renunciando los derechos que aquí se le dispensan, podrá verificarlo, *sacando de la casa en calidad de dote una cantidad igual a la asignada por legítima al hermano que más haya cobrado por ese concepto, y en la misma forma que éste, y además, cuanto conste que la contrayente M.* (acogida) *haya ingresado de su dote.* Si esa separación tiene lugar por malos tratamientos de su parte de los acogentes, a juicio de un pariente de cada parte, sacará Juan *1 760 pesetas en un plazo,* el día que se separe, renunciando los derechos adquiridos en esta escritura, además de lo correspondiente a su mujer». En la que sigue se hace ya mención de los gananciales, que es lo común. «Si los acogentes y los acogidos no pudiesen vivir juntos por la diversidad de genio u otro motivo, lo que Dios no permita, se separarán los unos de los otros, *llevando cada cual los bienes de su respectiva pertenencia, y*

pues si se opone alguno de los acogidos o de los acogentes, deberán proponer las causas a las mismas cuatro personas designadas en el anterior pacto, quienes, en calidad de parientes y amigables arbitradores, decidirán si conviene la separación para tranquilidad de las almas; y si disintiesen, decidirá el señor cura, según queda dicho». «*Si no pudiesen congeniar acogentes y acogidos,* y por esta causa tuviesen éstos que separarse, se llevarán todo lo que aportan a este matrimonio, *debiendo ser dicha separación con motivo fundado, que conocerán dos parientes de una y otra parte,* los cuales, con el Sr. Juez municipal caso de discordia, o de quien haga sus veces, decidirán si debe verificarse la separación, y en la afirmativa, etc.». «Si D. Juan V. (acogido, casado segunda vez), estando viudo en la expresada casa, no congeniase, o no armonizase con el hijo de su primera mujer (heredera) que sea nombrado heredero, o al contrario, ese heredero no se llevase a bien con él, en este desagradable caso, *acordarán la separación, o lo que más convenga a la casa y a los interesados, dos parientes varones mayores de edad, los más ancianos y cercanos en sangre de D. Juan V., y otros dos del heredero de dicha casa,* y si entre dichos cuatro parientes, jueces árbitros y amigables componedores, hubiese discordia o empate, intervendrá, pero sólo para dirimirla, el cura párroco, o regente temporal del presente lugar de J. *Ante ellos expondrán los no congeniantes la causa de sus desavenencias, y las razones en que apoyen o con que impugnen la separación,* bien oralmente, o por escrito, en la forma que acuerde el tribunal arbitral. Constituido éste en la casa de los otorgantes, conocerá del asunto sometido a su fallo, *y dictará su veredicto según su leal saber y entender, en término de 30 días naturales,* contados desde el día en que se les diere la primera queja y la oyesen sin manifestar la no aceptación del cargo; cuya circunstancia probará el querellante, o demandante, con acta notorial. Si alguno de los nombrados jueces árbitros no quisiere aceptar el cargo, la parte de quien sea pariente vendrá obligada a nombrar otro entre los que le sean más cercanos en sangre, y si no los hubiere, por afinidad. *Las partes interesadas en el fallo no podrán alzarse de él, pues será definitivo; todos los procedimientos se actuarán sin intervención de ningún juez ordinario, pues los otorgantes prohiben*

además la mitad de los adquiridos de mancomún mientras hubiese durado la unión».

2.° Los acogidos, además de sus dotes o legítimas, aseguradas en el patrimonio de los acogentes, reciben una indemnización en metálico, especie de aumento de dote, convenida de antemano en el estatuto de la sociedad, sea una cantidad alzada, pagadera en plazos o de una vez, sea un tanto por cada uno de los años que hubiesen transcurrido desde que se constituyó la sociedad. A veces, se impone como condición, para poder reclamar esa cantidad o aumento, que la sociedad haya durado un cierto número de años. «Si acogentes y acogidos no pudieren congeniar, y por esta causa tuviesen que separarse, *sacarán los segundos sus correspondientes legítimas en la forma que las aportan al presente matrimonio, y además 920 pesetas* en cuatro plazos iguales, que vencerá el primero al año de verificarse la separación, etc.». «Item fue pactado y convenido que si en algún tiempo llegase el caso de que algún pariente, o parientes de los adoptantes, con ocasión de la muerte de éstos, alegase derechos sobre sus bienes y pusiese pleito a los contrayentes (acogidos), *se les contribuirá a cada uno con ocho libras jaquesas por cada uno de los años que hayan transcurrido* desde el otorgamiento de la presente escritura hasta la muerte de dichos adoptantes». «Si los susodichos parientes consideran justa y necesaria la separación, se atendrán, para otorgarla, a lo siguiente: *Si es dentro de los seis años, ha de sacar el don José* (acogido) *las 2 000 pesetas que aporta* y la ropa, el día de la separación, y la dote de su esposa en los mismos plazos que hubiese entrado en la casa. *Si la separación ocurriese después de los seis años, sacará el acogido 2 500 pesetas* y la ropa, el día de la separación, y la dote de su esposa como queda dicho».

3.° Se hace cesión a los acogidos de una o más fincas de las que constituyen el patrimonio de los acogentes, y que en el estatuto de la sociedad se deslindan, para que en caso de separación los disfruten, sea en pleno dominio, sea en usufructo. «Si ocurriese que a los referidos acogidos o a sus hijos, si llegan a tenerlos, se les diese malos tratamientos por los acogentes, o por el heredero de éstos, a punto de tener que abandonar la casa, entrarán a juzgarlos el nombrado don Clemente

o su heredero, Ramón S., del pueblo de S.; José P., de A., o sus respectivos herederos, y *para el caso de que resultasen ciertos los motivos que obligan a la separación, los dos acogentes y sus respectivas esposas hacen donación pura, graciosa e irrevocable, desde ahora y para siempre, a los acogidos, de un campo sito en...* valuado por las partes, de común acuerdo, en 2 500 pesetas». «Es pacto que si los donantes (acogentes) tuviesen mal vivir con los contrayentes (acogidos), *se separarán con derecho al usufructo exclusivo del pedazo de tierra llamado Las Viñas, su huerto, y una habitación en la casa...»* «Si la acogida enviudase sin hijos y quisiese volver a casar en la casa de los acogentes (con consentimiento de éstos, o de los parientes), *para que en todo tiempo sea respetada, pactan que si se le diere mala vida, podrá usufructuarse del campo sito en la partida A., señalado en la presente capitulación con el número 11, pero a su muerte revertirá a la casa del heredero».*

4.° Se remite al arbitrio del Consejo de parientes el determinar la porción de bienes que debe asignarse a cada una de las partes, al propio tiempo que falla sobre la procedencia de la separación. «Decidirán si debe o no verificarse la disolución de la sociedad, para tranquilidad de todos, *y en su caso, la cantidad que han de sacar de la casa los acogidos».* «Si los parientes acordaren la separación, saldrán los acogidos de la casa de los acogentes, *recibiendo de una vez, en el acto de separarse, la cantidad que los mismos parientes les señalen por todos sus derechos en ella».* «No sólo decidirán (los parientes) si conviene la separación para tranquilidad de las almas, sino además *la porción de bienes muebles y sitios con que ha de vivir cada uno de los matrimonios separados, teniendo presente el número de personas que haya en cada parte, sus edades, sexos y demás a que debe atenderse en trances semejantes,* y si discordaren los cuatro parientes arbitradores, decidirá el empate el señor cura...». «Si el fallo fuere condenatorio, en el sentido de que salga de dicha casa el don Juan V., *señalarán* (los parientes jueces) *la cantidad que haya de dársele por alimentos y reintegro de las cantidades ingresadas por él en la misma casa, e hipotecadas en el patrimonio».*

5.° Se distingue quién ha motivado los disturbios, si los acogentes, o los acogidos, y si los hijos de éstos son mayores o menores de 20 años. Es la regla menos seguida, y no es difícil adivinar el motivo; es tarea, sobre difícil, poco agradable y ocasionada a disgustos eso de pronunciar, no ya sobre la gravedad de las disensiones domésticas y la conveniencia de una separación, sino sobre la culpabilidad de una u otra de las dos partes. *«Si los nombrados parientes reconociesen ser la causa de los disturbios los acogentes,* saldrán de la casa los acogidos sacando de ella las dotes aportadas por ellos y la mitad de los gananciales; *pero si declarasen culpables a los acogidos,* saldrán sin llevar cosa alguna, ni siquiera sus dotes». «Si estando en la menor edad todos los hijos de los adoptados, ocurriese alguna desavenencia entre éstos y los adoptantes, expondrán las causas a tres parientes varones, mayores de edad, los más cercanos, uno de la parte de Jacinto A., otro de la de Josefa L. (acogentes), y otro de la de Paulino P. (acogido), los cuales decidirán si debe verificarse o no la separación; *y en caso afirmativo, saldrá de la casa el nombrado Paulino P. con su esposa e hijos, recibiendo en el acto de la separación, por todos sus derechos en ella, 3 000 pesetas en metálico y las ropas de su uso particular; pero no tendrán derecho a sacar cosa alguna si los parientes declaran que no procede la separación, ni tampoco si alguno de sus hijos ha cumplido ya 20 años de edad».* La previsión que descubre la última parte de esta cláusula, no puede estar más justificada. Si uno o más hijos han cumplido la edad de 20 años, acaso los han redimido a metálico de la suerte de soldados, y de seguro han provisto a su manutención durante toda esa primera edad en que los gastos de educación y crianza exceden a los productos del trabajo. Y como podría convertirse en cálculo y explotación este modo de sociedad, salen al encuentro de la mala fe, gracias a ese pacto y a otros que la inventiva de aquellas gentes discurre a toda hora.

6.° Muy pocas veces, por último, pactan, para el caso de una separación por causa de discordia, la división por mitad de todos los bienes pertenecientes a una o a otra de las partes asociadas; o que los acogidos recibirán la mitad del patrimonio en pago de las dotes que aportaron y de la remuneración que

les es debida por su trabajo. Que equivale casi a declarar indisoluble la sociedad.

10) *Escrituras de disolución de sociedad por acogimiento.* No dejará de parecer extraño, y sin embargo asi es, que en el seno de estas asociaciones domésticas muy rara vez surjan disensiones, y que sea más raro aún el que estas disensiones lleguen a punto de disolución. Son contadísimos los casos de que he podido tener conocimiento. En uno de éstos, después de transcribir en la escritura los pactos principales de la de acogimiento, dicen los otorgantes: «Que ha llegado el caso de no poder congeniar ni vivir juntos en buena paz y armonía los acogidos E. V. y B. E. con el padre A. E. y con el hermano heredero P. E. y la cuñada M. L., por motivos que, en conformidad a lo pactado, han examinado y declarado justos los dos parientes más cercanos y el cura de la parroquia; y que no pudiendo entregar los acogentes a los acogidos la cantidad que por razón de dotes y remuneración fue consignada en la citada capitulación, por carecer absolutamente de metálico, lo efectúan en las fincas que más adelante se especificarán. En su consecuencia, *los relacionados E. V. y B. E. se separan desde hoy de la casa del A. E. y P. E., y éstos, en equivalencia de las 130 libras jaquesas y de la cama y seis vestidos que para este caso le tenían mandados en concepto de dote, les ceden, renuncian y traspasan los cinco números de bienes siguientes...*». Otra escritura de disolución contiene en sustancia lo siguiente: «Joaquín R. y Ramona S. dicen que por escritura otorgada en..., Joaquín L. y María P. los acogieron sobre su casa y bienes, constituyendo ambos matrimonios una sola familia, comprometiéndose a mantenerlos sanos y enfermos y dotar a sus hijos al haber y poder de la casa; *mas como quiera que en el tiempo transcurrido no han podido congeniar, por la diversidad de pareceres, han determinado separarse y constituir dos familias distintas, llevándose los acogidos la cantidad de 400 pesetas que habían aportado a la casa del acogente,* cuya cantidad les ha sido entregada en este día... y con ella se dan por contentos y satisfechos, y renuncian en favor de aquél todos los derechos y acciones concedidas a su favor en la calendada capitulación, quedando nulos y sin ningún efecto cuantos pactos en ella se contienen».

Acogimiento condicional

Todavía existe otra forma de *acogimiento* que, aunque no muy común, ofrece gran interés, y es una nueva manifestación de ese espíritu práctico que mueve a los montañeses a remediar con artificios jurídicos los quebrantos de personal de las familias; me refiero al *acogimiento condicional* o por tiempo, otorgado por personas que tal vez no tienen derecho a ello. Para hacer más accesible y de más fácil inteligencia esta nueva forma, me valdré de un caso que me es conocido personalmente en Arro.

La heredera «*A*» contrajo matrimonio en la casa de sus padres con «*a*», y sucesivamente (por haber enviudado dos veces) con «*b*» y «*c*». Del primer matrimonio *(«Aa»),* le nacieron tres hijos; del segundo («*Ab*»), una hija; del tercero («*Ac*») no tuvo sucesión. En su día, instituyeron heredera a una hija de «*Aa*», la cual murió dejando hijos, obligados sucesores suyos; su marido, haciendo uso del derecho que, en previsión de esta eventualidad, se había reservado, contrajo segundas nupcias en la casa de su difunta esposa, y tuvo dos hijos; al propio tiempo, y por razones de conveniencia para la familia, casaron «a sobrebienes» a la hija de «*Ab*»; resultando de aquí que viven actualmente, unidos por diferentes relaciones de derecho, en torno de un común hogar, y constituyendo una sociedad de familias, tres matrimonios: la abuela «*A*» y su tercer marido «*c*», administradores y usufructuarios del patrimonio, en su calidad de «señores mayores»; el yerno de «*A*» y la segunda esposa de éste, usufructuarios también por fuero general de viudedad y pacto especial de «casamiento en casa»; la hija de «*Ab*» y su esposo, «acogidos» por los cuatro anteriores. Mas como los herederos legítimos, o sea, los nietos de «*Aa*» son menores de edad, el acogimiento ha debido hacerse condicionalmente; si en el día de la emancipación de dichos nietos no suscriben el pacto, los acogidos tendrán que salir de la casa, retirando sus dotes, aseguradas hoy en los bienes patrimoniales, y una cantidad anual ya convenida por vía de indemnización, o de salarios (20 duros anuales).

Pueden, sin embargo, los instituyentes imponer como condición al hijo elegido para sucederles, la obligación de respetar el acogimiento hecho. Sucede a veces que los padres se proponen instituir heredero universal a uno de los hijos varones, pero siendo éstos muy niños todavía, conceden casamiento a una hija mayor en la propia casa, sin nombrarla heredera, pero garantizándole la permanencia en ella de por vida. En la capitulación matrimonial de un heredero (de Jaca), dicen los instituyentes: «Por cuanto con el consentimiento de sus padres, se halla casada en casa la Benita E. con Esteban V., es pacto que se debe tener a éstos, a sus actuales hijos y a los que pudieran tener en lo sucesivo, mantenidos sanos y enfermos con todo lo necesario, trabajando ellos en beneficio del heredero, y siendo obedientes a sus mayores, y cuando lleguen a tomar estado (los hijos de los acogidos), serán dotados según el haber y poder de la casa, entrándoles en cuenta de dote la cantidad o cabal que entonces hubiesen adquirido. Item que, si por justos motivos, reconocidos y examinados por dos parientes varones los más cercanos en sangre, de cada parte, y por el párroco que es o fuere de B., no pudiesen vivir juntos en paz y buena armonía los indicados Esteban V. y Benita E. con los demás de la casa, y tuvieran que separase aquéllos de la casa y compañía de éstos, se llevarán consigo los hijos que tuvieren, y el heredero de la casa les entregará por razón de sus dotes 130 libras jaquesas, cama de ropa y los vestidos debidos a la Benita, sin derecho a reclamar otra cosa...». Esta última condición se ha cumplido posteriormente: hubo desavenencias, intervino el Consejo de familia, y se otorgó escritura de renuncia y separación, recibiendo fincas en vez de metálico.

II. Capítulo Otras formas de asociación doméstica

Unión de dos casas

Esta menera de asociación, expresada en el país con la frase «*juntar* dos casas», queda dicho que se efectúa mediante enlace matrimonial de un heredero con una heredera; y ahora añadiré que es indiferente que los desposados sean hijos únicos o que tengan hermanos. Por lo común, los padres del contrayente continúan viviendo separadamente de los de su consorte, y tanto éstos como aquéllos administrando como antes su respectivo patrimonio: los jóvenes casados viven con los primeros, y cuando éstos fallecen, se trasladan a la casa de los segundos, si por ventura les sobrevivieron. De los términos de la costumbre, puede juzgarse por el siguiente caso:

«Mariano B. y María C., consortes, instituyen heredero universal de todos sus bienes, para después de sus días, a su hijo Pedro B. y C., con motivo del matrimonio que ha contraído con Orosia A. y E., a quien también instituyen heredera universal, para después de sus días, sus padres Cosme A. y Orosia E. Las seis expresadas personas convienen en formar desde la fecha una sociedad familiar, bajo la dirección, administración y mandato de los cuatro padres, y se obligan a vivir en comunidad de intereses o bienes, para atender con ellos y con sus productos a las necesidades de todos y de cada uno, debiendo ser jefe y administrador de los bienes situados en el pueblo de V., Mariano B., y de los del pueblo de S., Cosme A., en primer término; en segundo, sus respectivas esposas, y después, sus nombrados hijos; pero con la recíproca obligación de rendirse anualmente cuenta clara y justificada de la administración de los expresados bienes, y darse mutuamente conocimiento de las operaciones que hayan de practicarse para el mejor éxito de su administración; siendo de cuenta común de ambas partes todos los gastos que ocasione el cultivo y la conservación de tales fincas, así como el importe de toda obra y

trabajo extraordinario que se haga en alguno de los inmuebles pertenecientes a todos o a cualquiera de los miembros de la sociedad, y que sea útil o necesario y aumente su valor, pues de lo contrario, será necesario para ejecutarlo el consentimiento de todos los asociados. Obligánse asimismo a invertir y consumir en beneficio común propio y de sus respectivas familias los productos de todos sus bienes y trabajos, o el valor de ellos, y en otro caso, a dividirlos por partes iguales entre dichas casas de V. y S. Ninguno de ellos por sí solo tendrá especial capacidad para constituir, reconocer, transmitir, extinguir, modificar o gravar derecho o finca perteneciente a los mismos, aunque sí para adquirir. Los donatarios Pedro B. y Orosia A. vivirán en compañía de cualquiera de los donantes, o instituyentes, ya en el lugar de V., ya en el de S., o en el que aquéllos les designen. Es condición de la institución que los instituidos sustenten con todo lo necesario a su tío Miguel A. y a F., M., A.,, hermanos del Pedro, y a J., M. y O., hermanos de la Orosia, mientras prosigan en la casa, y que cuando tomen estado, los doten al haber y poder de esta sociedad, tomándoles en cuenta, o descontándoles del haber dotal, el peculio o cabal que cada uno hubiere adquirido. En el inesperado caso de que sean maltratados o menospreciados los hijos F. y J., imposibilitados físicamente, o no fueren cuidados con el esmero que su misma imperfección requiere, tendrán derecho y acción para que por el jefe o jefes, o por sus sucesores, se les entregue en su domicilio, por mensualidades anticipadas, tres reales diarios a cadá uno, siempre que, sin forma de juicio ni procedimiento alguno judicial, prueben el mal trato ante el párroco de E. y los dos parientes varones más próximos, a los cuales se confiere todo el poder en derecho necesario para acordar la separación de los nominados imposibilitados, aumentarles la cuota de la pensión vitalicia, si la creen insuficiente, y exigir constitución de hipoteca especial suficiente a la garantía del pago de ella. De todos los bienes, derechos y acciones que constituyan el patrimonio o haber de esta sociedad familiar, será heredero universal uno de los hijos de Pedro y Orosia, aquel o aquella que a éstos o al sobreviviente, y en su defecto a los abuelos, y, a falta también de éstos, a los dos parientes más próximos, uno de cada parte, pareciese bien ele-

gir: siendo la demás sucesión dotada al haber y poder de la casa. Se establece entre Pedro B. y Orosia A. pacto de hermandad en y sobre todos sus bienes habidos y por haber, de modo que el sobreviviente de ellos será heredero universal del premoriente, salvo si éste hubiere dispuesto de sus bienes, pues se reservan el derecho de testar separada o mancomunadamente, como más les agrade. Si falleciesen los contrayentes Pedro y Orosia sin sucesión de éste o ulteriores matrimonios, y sin disponer de sus bienes, recaerán éstos en sus padres, y si también éstos hubieren fallecido, en sus derechohabientes, sacando cada parte los mismos por ella aportados a la sociedad, con más de la mitad de los gananciales.»

En el estatuto que acabo de resumir, están especificadas todas las particularidades que caracterizan este modo de asociación.

Heredamiento «in solidum»

Es poco frecuente. A fin de no dividir ni desmembrar el patrimonio, y por el contrario, acrecentarlo con dotes o peculios aportados de fuera, instituyen los padres a dos hijos, o a dos hijas, o a un hijo y una hija, en herederos universales pro indiviso, poniéndoles por condición: 1.° El vivir juntos, ellos y sus consortes, con los instituyentes, y respetarlos como a señores mayores, usufructuarios y libres administradores. 2.° El instituir en su día heredero universal de la casa y patrimonio al hijo que primero naciese de entrambas uniones, o a aquel que fuese más capaz y más digno del honor de la jefatura, pero debiendo ser preferidos los nietos por línea de varón a los de la línea femenina; y dotar a los demás hijos según las facultades de la casa, todos por igual. 3.° Que en caso de discordia, el matrimonio que la promoviese salga de la casa, sin opción a parte alguna de los bienes; o bien, que se disuelva la comunidad, partiéndose por mitad los bienes. He aquí algunos ejemplos:

«Josefa A. nombra herederos universales, para después de sus días, a sus dos hijos Manuel y Manuela B. (que casan con

Miguel y Antonia, hermanos), reservándose el señorío mayor, con la condición de que los cuatro cónyuges han de vivir en la misma casa y compañía de la mandante, a una mesa y gasto, obedeciéndola y respetándola como señora mayor y dueña principal, invirtiendo las utilidades en beneficio común y debiendo proveer de todo lo necesario a la vida humana, a Ramona, hermana de los heredados, y cuando tome estado dotarla al poder de la casa. De todos los bienes que componen el patrimonio de ésta, como de los demás que adquiera la sociedad, será heredero el hijo varón que primero nazca de cualquiera de ambos matrimonios, si fuere obediente y útil para el gobierno de la casa, pues de no serlo, se nombrará al segundo hijo varón en igual forma, y si no hubiese varones, a las hembras por el mismo orden. Los demás hijos en quienes no recaiga el *herencio*, serán mantenidos y dotados a posibilidad de la casa, con tal que trabajen en beneficio de ella y fuesen obedientes; a los hijos varones, con excepción del heredero, desde ahora para cuando lleguen a la edad de doce años, les señalan la cantidad de 100 reales vellón para principio de cabal... Caso de desavenencia, se someterá a juicio de los cuatro más próximos parientes, y si acuerdan la separación, se dividirán en partes iguales los bienes así muebles como sitios, siendo entonces heredero de cada mitad el hijo o hija que elijan sus respectivos padres, o los parientes si éstos hubieren fallecido...»

Antonio D. y Teresa D., hijos de José D., casan con A. y B., hermanos. «Dichos dos matrimonios deberán vivir juntos en la casa y compañía del mandante José D., asistiéndose unos a otros con todo lo necesario, trabajando todos y cada uno en beneficio común, obedeciendo y venerando al instituyente como a padre y señor mayor... Nombra éste, heredero universal, para después de sus días, a Antonio D., a condición de que si fallece sin hijos, recaiga la herencia en su hermana Teresa. Y tanto en el uno como en el otro caso, será en su día instituido heredero universal de todos los bienes uno de los hijos, o hijas, que nazcan de dichos matrimonios, aquel o aquella que elijan sus padres con anuencia del José D., debiendo ser preferidos los varones hijos de Antonio a los varones hijos de Teresa, y a falta de varones, las hembras por el mismo orden...»

El siguiente caso puede considerarse como forma de transición. «Orosia André y Cecilia André, hermanas, la primera viuda, la segunda casada, instituyen herederas universales de sus bienes a dos hijas (una de cada una), al casarlas con dos extraños, debiéndose dividir entre dichas dos cónyuges, por iguales partes, los enunciados bienes, y con la expresa condición de que han de vivir juntos los dos matrimonios con los mandantes F. Sarasa, Orosia André y Cecilia André en una misma casa y compañia, en este lugar de Santa Cilia, asistiéndose unos a otros, trabajando en beneficio de la casa, obedeciendo y venerando cual corresponde a los mandantes, como señores mayores; y caso de discordia, el causante de ella se salga de la referida *unión* y vaya a vivir a otra parte, sin opción a parte alguna de los bienes, los cuales recaerán íntegros en los hijos del matrimonio que observe y cumpla la *unión* con aquella paz y tranquilidad que se requiere y a que aspiran todos los otorgantes...»

12. Capítulo Donados

Refiere García Goyena en las *Concordancias* del Proyecto de Código civil, que cuando la Sección encargada de redactarlo llegó al título de la adopción, «hubo casi unanimidad para pasarla en silencio; pero habiendo hecho presente un vocal andaluz que en su país habia algunos casos, aunque raros, de ella, se consintió en dejar este título, con la seguridad de que sería tan rara y extraña en adelante como lo ha sido hasta ahora, y porque al fin este título no es imperativo, sino permisivo o facultativo, y de una cosa que puede conducir a sentimientos dulces y benéficos» (Coment. al artículo 132). La reciente catástrofe de Murcia, que ha provocado dentro y fuera de la Península una explosión de sentimientos nobles y generosos como quizá no se registra igual en los anales de la caridad, ha puesto de relieve de qué modo instituciones nacidas hace miles de años al calor de determinadas creencias sobre la otra vida, pueden revivir animadas por un ideal de humanidad y de beneficencia, y con cuán exquisito tacto debe proceder el legislador en punto a declarar desusada una institución jurídica y hacer abstracción de ella en el cuerpo de las leyes; una de las más hermosas formas que ha revestido la caridad con motivo de aquel suceso, ha sido la adopción de niños huérfanos por causa de las inundaciones, adopción que han solicitado centenares de personas pertenecientes a todas las clases de la sociedad.

En el Alto Aragón están en uso dos formas originales de prohijamiento, más semejantes que a la adopción del Derecho romano y de Partidas, a la arrogación, según la cual, una persona «sui juris» entraba bajo la patria potestad de otra, como si hubiese nacido hijo de ella. 1.ª El *acogimiento*, adopción de matrimonio, cuya naturaleza queda definida en el capítulo X. 2.ª Otro género de arrogación de personas solteras o viudas, que reciben por virtud de ella el nombre de *donados*; por lo cual la designaremos, a falta de otro nombre, con el de *dación personal*. De ella vamos a ocuparnos.

La naturaleza y los efectos de esta institución distan mucho de ser los que a la arrogación atribuyen las legislaciones citadas; recuerda la *devoción* de los celtíberos (Strabon, lib. III, cap. IV, § 18; Val. Máx., II, 6, 11; Plutarco in Sertorio), y la *recomendación* feudal de la Edad Media; pudiera también equiparársele a un contrato innominado de servicios personales o de pupilaje perpetuo. Reproduzcamos ante todo la doctrina de Partidas sobre arrogación, y veamos luego en qué se diferencia de ella la costumbre aragonesa. «Si porfijasen alguno que non oviese padre, o si lo oviese fuese salido de su poder, estonce conviene por fuerza que este tal consienta manifiestamente, otorgándolo por palabra (Part. IV, tít. XVI, ley 1.ª). Porfijar puede todo ome libre que es salido de poder de su padre, que sea mayor que aquel a quien quiere porfijar, de diez y ocho años, e que haya poder naturalmente de enjendrar. Otrosí ninguna mujer non ha poder de porfijar, fueras ende si oviese perdido algun fijo en batalla, en servicio del Rey, o en facienda en que se acertase con el comun de algun concejo. (Ibid., ley 2.ª)». Según la ley 7.ª, tít. VII, Part. IV, la arrogación se hace «por otorgamiento del Rey o Príncipe», quien ha de interrogar al arrogador si le place recibir por hijo legítimo al arrogado, y a éste, si le place ser hijo de aquél; y una vez cerciorado de su mutuo consentimiento, expedirles la correspondiente carta de concesión. «Porfijando algun ome á otro que tuviese fijos, tal fuerza ha el porfijamiento, que tan bien los fijos como él, con todos sus bienes, caen en poder de aquel que porfija, bien así como si fuese su fijo legítimo dél; e non lo puede sacar de su poder el porfijador si no fuese por dos razones: la una es quando el porfijado face tal tuerto ó tal cosa, por que se ha de mover á muy grand saña aquel que porfijó; la otra es quando á tal porfijado como éste establece algún otro por su heredero, en el testamento, so tal condicion (de emancipación)... Pero tenudo es de darle todos los bienes e las cosas con que entró en su poder. A tuerto e sin razon non deve ninguno sacar de su poder á aquel que oviese porfijado, nin lo deve desheredar. Pero si alguno contra esto fiziesse, tenudo es de dar á aquel que porfijó todo lo suyo con que entró en su poder, con todas las ganancias que despues fizo, sacado el usufructo que rescibió de los bienes del porfijado, de

mientra quel tuvo en su poder. E demás desto, deve dar el porfijador la cuarta parte de quanto que oviere...» (Part. IV, tít. XVI, leyes 7.ª y 8.ª)

Por la arrogación consuetudinaria o dación personal del Alto Aragón, un soltero o un viudo, ordinariamente sin hijos, *se dona o da* a una casa, haciéndole irrevocable cesión de todos sus bienes, y comprometiéndose a trabajar en provecho de ella en cuanto se le ordene y ofrezca, y a mantenerse viudo o célibe toda la vida, a cambio de ser sustentado, sano o enfermo, con todo lo necesario, hasta el fin de sus días. Obedece al mismo espíritu que informa las demás instituciones domésticas que hasta aquí hemos estudiado: la necesidad de evitar el aislamiento, de asociar los elementos dispersos de la producción, para contrarrestar las causas desfavorables que tan difícil hacen la vida en un país agreste y de escasa productividad, reconstituyendo al par, con los artificios propios del derecho, familias que han quedado incompletas a poder de circunstancias adversas que imposibilitaron o dificultaron el matrimonio, o por fallecimientos prematuros, o por falta, o insuficiencia de nacimientos. Las familias que sienten escasez de brazos para el trabajo, encuentran en esta institución auxiliares honrados, fieles, laboriosos, de poco gasto, y tal vez dueños de algunos ahorros, que no por pequeños soi menos de apreciar en un país tan escaso de capital flotante. I os viudos solitarios, próximos a la vejez, los solterones sin hogar y sin bienes de fortuna, o con bienes insuficientes para vivir en una relativa independencia, encuentran casa ya dispuesta para recibirlos; y cada cual multiplica su poder con el poder de todos los asociados. Es, como se ve, una especie de injerto jurídico. Los donados son generalmente pastores o criados que han servido muchos años en su casa, y que la casa acaba por adoptar en esas condiciones, haciéndose dueña de sus economías. A veces se encuentran en número de dos o tres en una misma familia.

El área propia de esta institución parece ser más circunscrita que la zona a que se extiende el acogimiento: se limita a los partidos de Jaca y de Boltaña. Danse algunos casos en los partidos limítrofes, Benabarre, Barbastro y Huesca pero son excepcionales; en el de Sos, frontero del de Jaca, en la parte

más septentrional de la provincia de Zaragoza, practicaban esta costumbre hace apenas una generación, pero, según noticias recibidas de aquella comarca, ha caído en completo desuso. Es institución llamada sin duda a desaparecer en un breve plazo; recluida ya a las montañas de Jaca y de Boltaña, va siendo en ellas cada vez menos frecuente, debido a causas que en otro lugar de este monografía he apuntado. Sin embargo, presta todavia servicios de bastante consideración para que merezca un lugar en el cuerpo de la legislación foral, si acaso se intenta algún día codificarla.

A diferencia de la arrogación romana y alfonsina, pueden aquí prohijar las mujeres. No es forzoso que los adoptantes cuenten dieciocho años de edad más que los donados. A menudo sucede lo contrario, que éstos son de más edad que aquéllos. No se verifica por acta ante juez, ni ante ningun otro oficial, o autoridad, sino por contrato privado o por escritura otorgada ante notario, ni es tan fuerte el vínculo que se esteblece entre donado y arrogador; no adquiere éste la patria potestad sobre la persona de aquél, ni tampoco sobre sus hijos, cuando los tiene, que sucede muy pocas veces; pero sí se hace dueño de los bienes. La donación que hace de los suyos el donado al arrogador, es irrevocable; no puede disponer ya nunca más de ellos ni de parte de ellos, entre vivos ni por causa de muerte; menos aún de aquella cuarta Antonina que los autores de las Partidas tomaron de la legislación romana, a cuenta de los bienes del arrogador. En cambio, la obligación contraída por éste en beneficio de aquél, se transmite íntegra a su heredero. En todo caso, la suerte del donado depende: 1.° De su capacidad y de su carácter, en relación con el carácter y las aptitudes del arrogador o amo; no es raro el caso de que se le encomiende a él el gobierno y la administración de la casa, por poseer mejores disposiciones para ello que el jefe civil, y que se subrogue de hecho en lugar suyo. 2.° De los bienes que aportan. Si no llevan otra cosa que su persona, y carece de condiciones de carácter y de energía para imponerse y hacerse necesario, no suelen recibir otro trato que el de criados, mientras están hábiles para el trabajo, y el de esclavos, o poco menos, desde el instante en que la edad o los achaques los imposibilitan para las

rudas taenas del campo mayormente si han fallecido ya los dueños que otorgaron el contrato y se ha renovado la familia; pero si, al constituirse en donados, eran cabaleros, si poseían un capital de importancia con relación a la fortuna del jefe, son tenidos en más consideración, como que imponen condiciones y se dejan abierta la puerta en previsión de una retirada, y hasta llegan a entrar con carácter de coadministradores, ya que no de condueños. En este caso, se constituye hipoteca sobre los bienes aportados, en garantía de la obligación contraída por el donatario, y se establece un Consejo de familia, o de árbitros para el caso de que discordias intestinas aconsejen una separación. Precauciones idénticas se tomaban en la comarca de Sos, cuando todavía se estilaba en ella esta institución.

Esto supuesto, entremos ya en el pormenor, demostrando prácticamente sus aplicaciones y las variantes más comunes:

1.ª El caso más sencillo, y uno de los más característicos de la dación personal, es aquel en que el donado carece de capital y no aporta otro contingente que el de sus brazos a la familia a que se adhiere. Unas veces, su compromiso es incondicional; otras, se reserva para el caso en que no sea atendido debidamente, la facultad de romper al pacto de adhesión, y retirar en concepto de salarios devengados una cierta suma. «Antonio B. y Teresa A. dicen: que tienen hace muchos años en su compañía, en clase de sirviente, a Pascual B., y *por los buenos servicios que les ha prestado, así como por el cariño que le profesan,* han determinado recompensárselos debidamente... al tenor siguiente: 1.° Se obligan a considerarlo como de la familia, y a mantenerlo durante sus días naturales, sano y enfermo, vestido y calzado, con todo lo necesario a la vida humana. 2.° A su fallecimiento, le harán los funerales a uso y costumbre de la parroquia. 3.° En el caso de que tuviese algún motivo fundado para separarse de la compañía y casa de los comparecientes, tendrá derecho a sacar de ella la cantidad de setecientos reales en moneda de oro o plata. 4.° Será obligado del Pascual B. trabajar como lo viene haciendo al presente, mirando como propios los intereses de la casa, y no dando nunca motivo con su conducta a queja alguna».

2.ª El segundo caso, también característico, de la dación personal, es aquel en que el donado posee bienes y puede, por tanto, antes de hacer donación de ellos, imponer, con relación a su cuantía, condiciones más o menos onerosas, que les prestan firme garantía para el porvenir: «El Cosialls y la Pelegrín dicen que *para el cultivo y gobierno de su casa y patrimonio están necesitados de personal. Que el A. S. se encuentra solo,* y aunque de edad avanzada (60 años), bastante ágil para ciertas tareas del campo; y en este concepto, ha rogado a dichos Cosialls y Pelegrín que le admitan en su compañía, a lo que aquéllos acceden... en las condiciones siguientes: Los citados C. y P. acogen en su compañía a A. S., obligándose a mantenerlo... hasta que ocurra su fallecimiento, y a costearle entonces su entierro a uso y costumbre de la casa como a hijo y natural de ella. El A. S., en cambio de este beneficio, instituye a los mismos C. y P. herederos universales de todos los muebles y créditos que posee, cuyo valor no excede de dos mil reales, y además se obliga a trabajar en cuanto pueda en beneficio de la casa. Si algún día no se le diese el buen trato que se merece, cuya circunstancia decidirán un pariente de cada parte, podrá separarse de la casa de los acogentes y usufructuar, mientras dure la separación, un pedazo de tierra, partida de I... y la habitación del segundo piso llamada la O..., etc. Con esto quedarán relevados de mantenerlo los acogentes, pero no el A. S. de trabajar en su oficio de pastor, etc.». «J. B. dijo: *que hacía donación pura, perfecta e irrevocable "inter vivos" de su persona y de todos sus bienes presentes y futuros, y se daba a la casa de P.;* y en su virtud se obligaba a perseverar en ella y trabajar en beneficio de ella en el arte de labrador, en cuanto le fuese mandado por el jefe de la misma o sus legítimos sucesores. El B. E. se obliga, y obliga a sus sucesores, a mantener al J. B. sano y enfermo y darle todo lo necesario a la vida humana, y cuando muera, hacerle los funerales según costumbre... Si se le tratase mal y se viese precisado a salir de la citada casa, a juicio del alcalde y cura del lugar de P., le será cedida para mientras viva la heredad llamada Plegadera, que linda con... valuada en ocho mil reales, la cual volverá a la casa después de su fallecimiento».

3.ª Menos común es el caso en que el donado entra en la casa del arrogador bajo un pie de igualdad; sucede esto cuando posee bienes en proporción bastante para doblar, o poco menos, el patrimonio de la familia. Aquí el contrato, más que de dación o arrogación, es de asociación doméstica. «Comparecen, de una parte Gregorio V., viudo, y de otra Manuel V., soltero (heredero de la casa), y su tío Dámaso V., casado (a sobrebienes, o acogido), y dicen que *tienen convenido vivir juntos en familia, por hallarse el primero solo, sin ascendientes ni descendientes,* y a este efecto otorgan las condiciones siguientes: 1.ª Gregorio V. hace donación a M. V. y D. V. de todos sus bienes en general, y en especial de las cinco fincas siguientes... adquiridas de su esposa por pacto de hermandad. 2.ª Se compromete además a trabajar cuanto pueda en beneficio de la casa. 3.ª Los donatarios, en cambio, se obligan y obligan a sus herederos y sucesores a mantenerle hasta el fin de sus días, etc. 4.ª Ni el donante ni los donatarios podrán vender, hipotecar ni permutar los bienes donados sin consentimiento y acuerdo de todos; sin embargo, los donatarios podrán transmitirlos a sus herederos, reservando al donante todos sus derechos. 5.ª No podrá éste contraer matrimonio ni marcharse por su gusto y antojo a vivir fuera de la casa y compañía de aquéllos, bajo pena de perder sus derechos; ni aquéllos podrán despedirlo de la casa, o de lo contrario, quedará revocada la donación, debiendo serle devueltos los bienes donados. 6.ª Si se diese mala vida al donante, lo cual deberá justificar, podrá separarse de la dicha casa y familia, quedando sin efecto la presente donación, etc.».

4.ª Todavía es más excepcional el caso en que el donado entra como jefe de la casa, por haber fallecido éste; y es una de las aplicaciones más interesantes que ha recibido la *dación* en aquella montaña, donde cada institución es un Proteo que adopta las formas más diversas y extrañas. Falleció un padre, dejando multitud de huérfanos de menor edad, uno de los cuales debía ser su heredero y sucesor en la universalidad de los bienes. La madre había fallecido antes, y no cabía el recurso del «casamiento en casa» (cap. VIII) para dar nuevo jefe a la familia. Tampoco había *tiones* (cap. V) en la familia, que hiciesen

las veces del difunto en el gobierno doméstico, como tantas veces sucede. No tenían confianza los parientes de que la gestión del tutor fuese poderosa a contener el desmoronamiento del patrimonio, que ya amenazaba; quedábales como supremo arbitrio la «dación personal», y a él apelaron. Instituyeron un donado, viudo, deudo de la casa, cuyas excelentes cualidades tenían experimentadas, para que la gobernase y administrase como jefe y dueño durante la menor edad de los pupilos, a condición de que tan pronto como pudiera tomar estado uno de éstos, sería nombrado jefe y heredero, si bien compartía con él la jefatura y administración el donado hasta su muerte. No conozco los detalles.

5.ª Últimamente, la dación personal toma en ocasiones caracteres más marcados de institución de heredero por causa de pupilaje vitalicio, y entonces el trabajo del donado figura como factor muy secundario entre los elementos constitutivos del contrato. «Y dicen que la Juliana M. *se encuentra sola, sin familia, y sin una persona que le preste socorro cuando lo necesite*; que procedentes de ahorros y de bienes vendidos, obran en su poder quinientas pesetas, y al efecto de mejorar su situación, ha suplicado a los citados V. y M. que la acojan en su compañía y la mantengan hasta que fallezca o tome estado, obligándose en cambio a entregarles la referida suma para que la usufructúen, y a trabajar en beneficio de la casa... Si la J. M. fallece sin haber contraído matrimonio e intestada, deja ochenta pesetas a Josefa C., y el resto a los acogentes O. y M., con obligación de costearle el entierro y veinticinco misas rezadas... Los O. y M., para garantía de dichas 500 pesetas, hipotecan una casa sita en... etc.».

Al instituir heredera a una hija, se reservan los padres una finca para disponer de ella libremente; ha fallecido el padre instituyente y la hija instituida; la madre y el yerno, que han sobrevivido, no congenian, y decide aquélla retirarse de la casa, segregando definitivamente del patrimonio la finca reservada: «Que habiendo fallecido también Joaquina S., hija de la dicente, que fue quien más se esmeró en cuidarla, su viudo Felipe M., desconociendo sus deberes, le ha faltado al respeto y maltratado; y para dar un justo castigo a su mal comporta-

miento y para evitar mayores males, ha resuelto hacer donación de dicha finca a Antonio M., persona de quien ha recibido en sus trabajos mayores pruebas de amistad, y que con sus consuelos la ha fortalecido y levantado el decaído espíritu... No podrá el donatario vender ni gravar con hipoteca la finca donada mientras viva la donante, a fin de que sirva de garantía a su manutención, etc.».

II. Parte Alto Aragón
(Derecho Municipal y Economía)

por Joaquín Costa

(1880, 1884, 1895, 1901)

13. Capítulo Arrendamiento de ganado

Ni la legislación castellana, ni la aragonesa, ni la navarra, ni la de ningún otro estado de la Península, fuera de Portugal, se han cuidado de regimentar este contrato, al cual conceden tan merecida importancia los Códigos extranjeros. «Obras que ome faga con sus manos, ó *bestias,* ó navios para traer mercaderías, *ó para aprovecharse el uso de ellas*, é todas las otras cosas que el ome suele alogar, pueden ser alogadas ó arrendadas» (ley 3.ª, tít. VIII, Partida V). El Código alfonsino no desarrolló este programa en todas sus partes: legisla el arrendamiento de predios rústicos, el de fincas urbanas, de servicio de criados y de jornaleros, de obras por ajuste, etc., y hace abstracción del arrendamiento de ganados. Una disposición del Fuero Real sobre semovientes, se ciñe al alquiler de animales de transporte o de silla. «Todo ome que su bestia logare á otri, si se muriere ó si se perdiese por su culpa de aquel que la tiene, peche otra tan buena á su dueño; é si se dañare, péchele el daño á bien visto de los Alcaldes, con el aloguer del tiempo que se sirvió de la bestia; é si mas lueñe la levare, ó mas tiempo la tuviere de quanto puso con el dueño, si se muriere, ó si dañare, peche la bestia, y el daño, con el aloguer, así como es sobredicho» (ley 1.ª, tít. XVII, lib. III). Al alquiler de bestias para transporte parece referirse también el Fuero de Aragón, en las dos únicas ocasiones en que se ocupa de semovientes. *Si conductum animal fuerit amissum, et dominus bestiae poterit probare quod propter culpam conductoris periit bestia, debet eam emendare conductor. Sin eam juret conductor se non fuisse in culpa; et sit absolutus, non teneatur restituere* (fuero 2 *locati et conducti*; cf. f. 1 *commodati*). No es más extensa la órbita en que se mueve el Fuero de Navarra, cuyas reglas sobre semovientes son análogas a las del Fuero Real y de los Fueros de Aragón (F. de Nav., lib. III, tít. XIV, cap. I, ley 2.ª y sigs.). A falta de doctrina legal, algunos autores apuntan tímidamente un criterio para decidir las cuestiones que pudieran suscitarse

por consecuencia de este contrato. Caravantes dice por cuenta propia: «Si el arrendamiento de ganados se hace entregándolos a una persona para que se utilice de ellos, o los guarde, alimente o críe, y dividirse los beneficios (contrato de aparcería), el arrendamiento debe poner el cuidado de un buen padre de familia, sin responder de los casos fortuitos» (notas al febrero ref.). «El arrendamiento de ganados se gobierna por los usos locales, y generalmente se celebra: dando el ganado sólo para participar el dueño de sus productos, dándolo con la heredad, o arrendándolo a precio fijo por una cantidad alzada o tanto por cabeza. En el primer caso, se justiprecia el ganado, para saber las pérdidas y ganancias que ocurran. El arrendatario debe cuidar el ganado como cosa propia, y no pagará el caso fortuito, a no acontecer por su culpa; y en caso de robo, debe abonar su valor, si no prueba que hizo cuanto pudo para evitarlo. Cuando se celebra sin tiempo fijo, se presume contraído lo menos por un año (Lastres, *El arrendamiento)*». Como se ve, no pecan de prolijos ni de explícitos los tratadistas. Ni parece haber requerido la vida mayores desenvolvimientos, a juzgar por el elocuente silencio de la jurisprudencia. Hasta el presente, no se ha ofrecido al Tribunal Supremo ocasión de establecer doctrina sobre un punto que parece debiera ventilarse con frecuencia en los juzgados, tratándose de un país cuya principal ocupación y modo de vivir es la agricultura (Vid. *Repertorios* de Pantoja y Zúñiga). Quien quisiere apurar la razón de este fenómeno, repase la accidentada historia de aquella famosa agremiación pecuaria que se tituló *Concejo de la Mesta,* y las borrascosas luchas que hubo de sostener con la Agricultura desde sus remotos orígenes hasta el siglo XVI, en que el maldiciente pueblo español, religioso a estilo de Sancho Panza, envolvía al *Honrado Concejo* en una condenación común con la Santa Cruzada, la Santa Hermandad y la Santa Inquisición, diciendo: *tres santas y un honrado, tienen el reino acabado;* y desde el siglo XVI hasta la época presente que, a no dudarlo, verá extinguirse las últimas reliquias del derecho privilegiado de la Mesta.

Mientras tanto, el funesto divorcio entre la agricultura y la ganadería continúa siendo en España uno de los obstáculos

más poderosos que se oponen al desenvolvimiento de la riqueza pública, y una de las causas más eficaces que hacen miserable la suerte de los labradores. Únicamente en las faldas del Pirineo y en las provincias septentrionales de la Península, esas dos *mamelles de l'Etat*, como las llamaba un célebre ministro francés, viven con aquella armonía que tanto recomienda la ciencia agraria y que tan felizmente practican las naciones adelantadas, donde la industria del suelo vive próspera y floreciente. Por esto se ha desarrollado en esas regiones el contrato de arrendamiento de ganado, y ha nacido, para regularlo, un Derecho consuetudinario, que importa sobremanera recoger a fin de sistematizarlo y elevarlo a rango de ley en el Código que ahora nuevamente se proyecta. Voy a indicar abreviadamente algunas de esas costumbres vigentes en el Alto Aragón.

Son objeto de este contrato: 1.° Vacas y burras de cría. 2.° Ganado lanar. 3.° Cerdas de cría. Lo primero predomina en el partido de Boltaña; lo segundo, en el de Jaca; lo tercero, en el Somontano, ribera del Cinca.

Como otros se dedican a la aborrecida profesión de prestamistas, hay especulaciones que consagran su capital a dar ovejas y cerdas en arrendamiento a las familias pobres, y parece ser una granjeria lucrativa. El contrato se celebra por tres o cuatro años. Las cerdas crían una o dos veces por años. De cada cría corresponde al arrendador un lechoncillo, a escoger entre los machos; los demás son ganancia del arrendatario. La madre se divide entre los dos, por partes iguales, al término del contrato; si muere de enfermedad o por un accidente desgraciado el primer año, antes de haber criado, pártense también la carne, pero el arrendatario ha de abonar al dueño la mitad del coste; si ha criado una vez cuando menos, no tiene derecho el dueño a ningún género de indemnización. Los gastos de manutención y demás corren por cuenta del arrendatario.

El contrato de arrendamiento de ganado (ordinariamente de vacas) se designa en el partido de Boltaña con el nombre de *ixarica*[68]; en el de Benabarre, y más al Mediodía, lo denominan *a michenca* (a medias), y también a media ganancia y a media pérdida. El capitalista que ejerce este género de especu-

lación, confía una o más vacas a una familia pobre que posee hierbas, o que utiliza los pastos del común, tasando previamente su valor; el arrendatario hace suyos los estiércoles y las leches; las crías se parten por mitad entre él y el arrendador; vendida la vaca al terminar el contrato, se reparten también el sobreprecio, o sea, la diferencia en más de su valor con relación a la tasación hecha en un principio. Es contrato muy beneficioso para el capitalista. En un cuaderno manuscrito de economía doméstica, perteneciente al siglo pasado, que he leído en una casa de Plan (casa de Alonso), se recomienda sobre todas esta granjería, reputándola su experimentado autor como una de las más provechosas y fructíferas que pueden ejercerse en aquellos enriscados valles. Declara también que en las condiciones dichas, este contrato ofrece más ventajas al arrendador que al arrendatario. Sin embargo, no deja de reportarlas también muy grandes este último. Un hacendado de Benasque confió, no ha mucho, una vaca en ixarica al encargado de los baños de aquel puerto, donde los pastos son tan abundantes como sustanciosos. Al mismo tiempo que el animal amamantaba a su novillo, tributaba al bañero con cinco o seis jarros diarios de leche; al cuarto año, el dueño retiró la vaca y dos crías que le correspondían; al séptimo, el bañero poseía cinco vacas, la fortuna casi de una familia de la montaña. Se dan casos en que el contrato se renueva de cuatro en cuatro años, porque las dos partes interesadas encuentran ventajas en su continuación, y ninguna de ellas ha tenido motivos de queja de la otra; así se prolonga a veces por toda una generación. El siguiente contrato, que he copiado en el archivo notarial de Boltaña, lleva la fecha de 1678:

«Capitulación de una vaca *a medias*, de tres años poco más o menos, de pelo rojo, entre Domingo C y Martín L..., mediante los pactos siguientes: Domingo C. entrega dicha vaca, a medias, al citado M. L., por tiempo de cuatro años, contados desde el día de San Miguel de septiembre de este año. Item es condición que cede el útil de dicha vaca desde agora a favor de entrambos. Item es condición que las crías sean a medias del dicho D. C. y M. L., escogiendo el primero la parte que quisiere. Item que, en caso de alguna desgracia de lobo u

otra, entre asimesmo en partición, junto con el pellejo, guardando la orden sobredicha de poder escoger la mejor parte el D. C., y que cuando ocurriere tal desgracia, lo mismo que cuando naciese cría, haya de avisarle el M. L. Item que no se pueda hacer partición de la vaca ni de sus crias sino cumplidos los dichos cuatro años, o por el tiempo que tuviesen a bien de mancomún. Item que el M. L. haya de mantener bien la dicha vaca y sus crías, de hierba y sal, procurar su aumento, y pagar los daños que causaren durante dicho tiempo. Y así dada y entregada la capitulación y concordia, en poder y mano de mí, dicho notario, por las dichas partes, etc.».

En algunas comarcas, y principalmente en el partido de Jaca, alcanza mucha mayor importancia el arrendamiento de ganado lanar, más acaso por el estiércol que por la lana y los corderos. Es uno de los países, dentro de la Península, donde mejor se reconoce el valor y la eficacia del abono de las tierras. *Lo fiemo y lo rey, de lejos se vey,* dicen. Su principal sistema de embasurar los campos de cereales es el redeo por hatos o manadas de 300 o 400 cabezas. Este sistema no está al abrigo de las censuras de la ganadería pura, cuyo ideal estriba en la estabulación permanente; pero allí la cría de ganado se considera, más que como una industria independiente, como un auxiliar de la agricultura. Calculan que las tierras redeadas producen de un 30 a un 50 por 100 más que las que no han recibido ese beneficio, y a pesar de que los agrónomos suelen clasificar este género de abono entre los anuales, o a lo más entre los bisanuales, las tierras que se redean todos los años se justiprecian en un 100 por 100 más que las que se hallan en iguales condiciones fuera de esa. Hay propietarios que tienen ganado sólo por majadear sus tierras y hacer estiércoles en el establo o paridera; otros, que ponen por condición a sus arrendatarios la de redearles con su ganado los campos cuyo cultivo directo se han reservado; otro ceden las hierbas que nacen alzada la cosecha, a cambio de veinte o treinta noches de redeo. Los labradores que carecen de ganado, contribuyen a los pastores con una peseta y un jarro de vino, además de la cena, por redear una noche con un rebaño de 300 a 400 cabezas. Esta gaje o emolumento pertenece de pleno derecho a los pastores,

en virtud de una costumbre tan arraigada, que aun el mismo dueño del ganado tiene que ofrecerles cena para lograr que lo hagan sestear o pernoctar en heredades propias, so pena de que maltraten y atropellen las reses, o eludan la orden, obedeciéndola pero no cumpliéndola, o de que se despidan en el instante más crítico. El vallado móvil que sirve para formar el parque o redil donde se encierra el ganado en un espacio proporcionado al número de las reses, se compone de piezas de madera ligera, especie de rastrillos denominados *cletas*; desempeñan el papel que las redes de esparto en otras provincias. *Cletear* un campo es fijar las cletas o formar el parque, y por extensión, estercolar el campo por medio del redeo. La parte de terreno que ha sido redeada, se pasa inmediatamente con una mano de arado, a fin de utilizar los excrementos líquidos, que perderían buena parte de su virtud fertilizante si se dejaran expuestos a la acción directa de los agentes atmosféricos.

Hay quien tiene pastos, y carece de capital para utilizarlos; hay quien tiene capital pero carece de pastos, o no quiere cargar con el cuidado de arrendarlos y administrar por sí su rebaño. Mediante este contrato, se juntan ambos elementos en manos del dueño de los pastos. Cuando en una casa llega a faltar el jefe, su viuda o los huérfanos temen, con sobrada razón, que en ajenas manos su ganado desmerecerá rápidamente; y a fin de evitarlo sin desprenderse de él, lo arriendan a persona de garantía, en la forma denominada *a diente*, hasta tanto que la viuda contraiga un nuevo enlace, o que los huérfanos hayan adquirido la capacidad necesaria para administrar. Tales son las dos aplicaciones principales que recibe este contrato. He aquí ahora sus variedades:

1.ª *A diente.* Se examinan las reses, a fin de asegurarse de que todas son sanas y de recibo. Se justiprecian por peritos o de común acuerdo, procurando dejar baja la tasación a causa de los accidentes que pueden sobrevenir. Las obligaciones del arrendatario son: 1.ª Pagar el 5 o 6 por 100 anual del valor de tasación, al dueño del ganado. 2.ª Restituirle al cabo de cinco o seis años igual número de cabezas del mismo diente, o sea de la misma edad. El antiguo derecho francés designaba el ganado alogado en una forma parecida, *bestias de hierro*

(*cheptel de fer* en el moderno Código civil), «porque no puede morir para su dueño». Este contrato tiene algo de juego de azar. Si acuden las aguas y no son extremados ni tardíos los fríos, los pastos abundan, y puede el arrendatario ganar en un año el 50 por 100 del capital que se le ha confiado y, fenecido el contrato, encontrarse dueño de una manada considerable; pero si los inviernos son rigurosos o las aguas del cielo no asisten, el arrendatario se arruina sin remedio. Hacendado he conocido en mis excursiones por la montaña, cuyo patrimonio se halla sumamente quebrantado por esa causa. Los contratos de arrendamiento de ganado son hoy menos frecuentes que antes: en mi opinión, débese tal mudanza a las imprudentes talas de montes que han dejado desarbolada en su mayor parte la vertiente española del Pirineo; la despoblación forestal ha traído consigo una alteración profunda en el régimen de los hidrometeoros, y una reducción considerable de la zona de pastos. En otra monografía he demostrado cómo.

2.ª *A medias.* Como en el caso anterior, se tasa el valor del ganado que se entrega al mediero, no para que satisfaga un rédito anual por él (pues en lugar de rédito entrega a su consocio la mitad de los productos), sino para que éste retire del total liquidado una cantidad igual a dicho valor, antes de proceder a la división. La siguiente escritura de contrato otorgada en Jaca, pondrá más en claro las condiciones y la naturaleza del arrendamiento de ganado a medias. «Comparecen M. L. y V. M., y dicen: que por razones de utilidad recíproca han resuelto formar entre sí una sociedad de granjería o cría de ganado... en la forma siguiente: El Sr. L. ha puesto al cuidado del M. cien borregos, cincuenta en septiembre de 1853, y otros cincuenta en septiembre de 1854, cuyo valor es de tres mil reales. El V. M. se obliga a custodiar y mantener de su cuenta los cien borregos, quedando en su beneficio la sirle, y respondiendo de ellos o de su valor al Sr. L., a quien deberá avisar de cualquier pérdida que ocurra. Los cincuenta borregos comprados en 1853 se venderán ya de carneros en 1855; y los de 1854, en 1856. Practicada la venta, se extraerá del producto el capital invertido, o sea, tres mil reales, y la ganancia o pérdida que resulte se dividirá entre los dos otorgantes por partes iguales.

En igual forma se distribuirán cada año la lana que produzca el esquileo. El Sr. L. volverá a facilitar el capital necesario para reponer el ganado que se venda, y si el precio y número de éste fuese mayor o menor del que hoy existe, así resultará consignado en un papel privado que obrará en poder de las dos partes, el cual quieren que tenga la misma fuerza y valor que la presente escritura. Esta sociedad subsistirá mientras no manifieste alguna de las dos partes que la componen su voluntad de separarse de ella...»

En los pueblos de la montaña de Alicante se usa un género de contrato que parece ser una variante de esta forma de arrendamiento de ganados, según noticia que me ha facilitado el catedrático D. Eduardo Soler. El socio arrendador compra el ganado; el arrendatario lo cuida y administra, y paga los pastos, el salario del pastor y todas las demás impensas de sal, esquileo, etc. La lana y los corderos son a medias. Las reses viejas o inutilizadas se venden, y el mediero participa del producto de la venta en una proporción desigual, que aumenta progresivamente desde el primer año; al quinto, se calcula que la mitad del rebaño le pertenece en propiedad. Las bajas se cubren con reses jóvenes de las nacidas en el rebaño.

3.ª *A medias y mota entera.* Las leches son para el arrendatario o mediero; la lana y las crías las comparte por mitad con el dueño del ganado; las madres (cabras y ovejas) que fueron materia del contrato, son también propiedad de ambas partes por igual; pero, en cambio, el arrendador o dueño recibe al término del contrato tantos borregos de un año como reses entregó, con tal que éstas contasen dos años de edad cuando menos: a eso se denomina *mota*. Si las reses son de un año, no paga mota por ellas el mediero, porque tardan otro año más en dar producto y sin embargo gastan igual. En estas condiciones, el contrato se celebra ordinariamente por tiempo de tres años.

4.ª *A medias y media mota* (también a *micha michenca*, a a media cría, a media lana, etc.). Es muy común, y dura tan sólo ocho meses, desde San Miguel, o Todos Santos (principios de octubre o de noviembre) hasta San Medardo. Arrendatario y dueño se reparten por partes iguales la lana y las crías; las

madres vuelven a poder del dueño, hayan o no criado; por manera que no tiene que pecharle motas el arrendatario. Si por cualquier accidente muere alguna de las madres, la piel y la carne son propiedad de las dos partes contratantes.

Por costumbre también, regían antiguamente en algunas provincias de Francia diversas formas de arrendamiento de ganado, que en parte convienen con las aquí descritas, y en parte discrepan de ellas. Los autores del Código Napoleón tuvieron el buen acuerdo de incluirlas en él, en clase de derecho supletorio; y no ha de parecer ociosa la reproducción de sus principales disposiciones en este lugar, a fin de hacer posible un cotejo que no carece de interés, así bajo el punto de vista legal como bajo el punto de vista histórico.

«El arrendamiento de ganados es un contrato en virtud del cual, una de las partes da a la otra un rebaño para que lo guarde y mantenga con esmero, bajo las condiciones que hubieren convenido (Cód. civ. francés, art. 1800).» «El precio de este arrendamiento está en el aprovechamiento de los productos naturales y en el trabajo de los animales arrendados. Pero para interesar también al arrendatario en el mayor cuidado de lo que queda a su cargo, se le da además una parte en la lana y en el aumento de precio del ganado, pero a condición de estar también al tanto proporcional en las pérdidas. Esta parte, así activa como pasiva, consiste ordinariamente en la mitad. En este sentido, se forma entre arrendador y arrendatario una especie de sociedad, y como tal consideran algunos autores este contrato. Es indudable, sin embargo, que la asociación no constituye en este caso más que una estipulación muy secundaria; que el contrato principal es un arrendamiento por el cual el arrendatario promete y se hace pagar los cuidados que presta; que el ganado entra a formar parte de lo que constituye la sociedad, toda vez que el que lo arrienda continúa siendo dueño de él; y por último, que la asociación, así por lo que respecta a los beneficios como a las pérdidas, es solamente un suplemento al precio del arriendo. Este concepto tenía de tal contrato el Derecho consuetudinario de diversas provincias, Berry, Bourbonnais, Nivernais y Bergerac. Solamente éstas poseían disposiciones especiales sobre la materia, pero la práctica

las había extendido a otros territorios. Los principios contenidos sobre esta materia en el Proyecto, están basados en las reglas de las *Coutumes* de los países citados. (Discurso del tribuno Mourricault).» En el caso de que no haya pacto especial, estos contratos se regirán por las disposiciones siguientes (art. 1803): 1.° *Arrendamiento de ganados en condiciones ordinarias.* Es un contrato por el cual se da a determinada persona cierto número de animales para que los guarde, mantenga y cuide, a condición de que el que los recibe ha de aprovecharse de la mitad de sus aumentos, y en su caso, sufrir la mitad de las pérdidas que experimenten (art. 1804). El precio dado al ganado en el arrendamiento no transmite la propiedad al arrendatario; su único objeto es fijar la pérdida o el beneficio que pueda resultar al término del contrato (art. 1805)... No es responsable de los casos fortuitos, a no ser que les haya precedido alguna falta sin la cual la pérdida no hubiese podido efectuarse (art. 1807)... El arrendatario que hubiere sido declarado irresponsable del caso fortuito, está obligado a dar cuenta de la piel de los animales (art. 1809). Si pereciere por entero el ganado sin culpa del arrendatario, recaerá la pérdida sólo sobre el arrendador. Pero si sólo pereciere una parte, la pérdida se distribuirá entre ambos, según el precio que se le hubiese dado al principio y el que tenga a la terminación del contrato (art. 1810). No se puede estipular que el arrendatario sufra las consecuencias de la pérdida total del ganado, aunque esto suceda por caso fortuito sin culpa. Ni tampoco que tenga en ella una parte mayor que en el beneficio. O que el arrendador tome, a la conclusión del contrato, algo más de lo que aportó. Y toda otra estipulación análoga. Los productos de redeo, estiércol y trabajo de los animales, los hace suyos el arrendatario exclusivamente. La lana y los aumentos se dividen (art. 1811). El arrendatario no puede disponer sin el consentimiento del dueño, ni éste sin el de aquél, de ninguna cabeza del rebaño, sea de las que figuraban en el contrato, sea de las nacidas después (art. 1812). El arrendatario no puede esquilar sin dar aviso al arrendador (art. 1814). Si no se hubiese fijado tiempo para la duración del contrato, se reputará hecho por tres años (art. 1815). Al terminar el contrato, o en el momento de rescindirse, se hace una nueva tasación del ganado. El

arrendador puede tomar animales de cualquier especie hasta cubrir el importe de la primera tasación, dividiéndose el resto, etcétera. (art. 1817). 2.° *Arrendamiento de ganado por mitad.* La aparcería por mitad es una sociedad en la cual cada uno de los contratantes suministra la mitad de los animales, quedando éstos comunes así en las ganancias como en las pérdidas, etc. (art. 1818). 3.° *Ganado dado al rentero.* Es un contrato *(cheptel de fer)* en cuya virtud el dueño de una finca rústica la da en arrendamiento, a condición de que, al terminar el mismo, deje el arrendatario animales de un valor igual al de la tasación de los que recibió (art. 1821). La tasación que se hace del ganado entregado al arrendatario, no le confiere la propiedad, pero le hace responsable de los daños que aquél experimente (art. 1822). Todos los beneficios corresponden al colono durante el tiempo de su arrendamiento, no habiéndose pactado lo contrario (art. 1823). Al terminar el arrendamiento, no puede el arrendatario retener el ganado pagando la tasación primitiva, sino que debe dejar otro de igual valor al que recibió. Si resultase un déficit, debe abonarlo; si, por el contrario, hubiese aumento, lo hace suyo (art. 1826).

Tales son las principales formas del arrendamiento de ganado en el Código civil francés y, con ligeras variantes, en los más de los Códigos que lo tomaron por modelo, así en Europa como en América. El proyecto de Código civil español de 1851, consecuente con la tradición legal de los diferentes estados de la Península, no consagra sección alguna a este contrato, limitándose a referirlo a su análogo, el contrato de sociedad (de acuerdo con Escriche, v.° *Arrendamiento*): «*El arrendamiento por aparcería, de tierras de labor, ganados de cría,* o de establecimientos fabriles o industriales, se regirá por las disposiciones de este Código relativas al *contrato de sociedad, por las estipulaciones de las partes y, en su defecto, por la costumbre de la tierra* (art. 1516)». El Código portugués adopta un temperamento medio: traslada al título sobre contrato de sociedad la aparcería, así rural como pecuaria, y una vez en él, le consagra una sección especial, si bien no desarrolla tanto el régimen de la institución como los Códigos francés, italiano y otros, contentándose con dictar providencias de carácter ge-

neral y remitir a los contratantes, por lo tocante al pormenor, a los usos de la tierra. A diferencia de los Códigos italiano, Vaud, etc., no ha copiado servilmente el portugués la doctrina del de Napoleón, sino que ha recurrido al derecho antiguo (Ordenaçao, lib. IV, tít. LXIX), y lo ha combinado con algunos principios modernos. Es contrato muy común en Portugal, y se le conoce con el nombre de *animaes a ganho*: pueden ser objeto de él, según la Ordenanza citada, bueyes, vacas, cabras, ovejas, puercos, colmenas, etc. Las principales definiciones y disposiciones del Código son las siguientes: «Existe contrato de aparcería pecuaria cuando una o más personas entrega a otra, u otras, cierto número de animales, para que los críe, apaciente y cuide, con la condición de repartirse entre sí los lucros futuros en determinada proporción. Si los animales pereciesen por caso fortuito, la pérdida será de cuenta del propietario. Queda sin efecto el contrato en que se estipule que las pérdidas ocasionadas por caso fortuito corren a cargo del aparcero apacentador. El aprovechamiento de los animales muertos corresponderá al propietario, siendo responsable de ello el aparcero. No puede éste disponer de ninguna cabeza de ganado... sin consentimiento del propietario, ni éste puede hacer cosa alguna sin consentimiento de aquél. El aparcero no puede principiar el esquileo sin prevenirlo antes al propietario; de lo contrario, satisfará el duplo del valor de la parte que pudiere corresponder a éste (art. 1304 y sigs.)».

En una forma muy semejante a la estatuida por el Código de Portugal, se practica en Galicia el arrendamiento de ganados por Derecho consuetudinario.

La aparcería pecuaria se practica también en las provincias de León (noticia del Sr. Azcárate) y Oviedo (Escriche, *Diccionario, v.° Comuña*) en condiciones análogas a las del Alto Aragón, pero limitada al ganado vacuno y caballar.

Notas

68 En los Cuerpos de Derecho aragonés, y en Blancas (según Borao, *Diccionario de voces aragonesas*), figura la palabra *exarico* como sinónima de colono.

14. Capítulo Crédito hipotecario sobre arbolado

Empeño o venta de olivos a carta de gracia. — Estudiando las condiciones económicas del cultivo del arbolado, descubrí la existencia, en varias provincias de la Península, de una forma interesantísima de arrendamiento agrícola, fundada en la asociación agraria de cultivos y en una separación jurídica del suelo y el vuelo. Por este contrato, el propietario de un predio rústico poblado de frutales (perales, manzanos, olivos, encinas, almendros, etc.), bastante espaciados para permitir el cultivo de plantas anuales entre unos y otros, se reserva la explotación del arbolado directamente por sí, y cede al colono el beneficio del suelo por un tiempo determinado y para determinados cultivos; las labores, abonos y riegos que el colono suministra a la tierra para sus cereales o legumbres, aprovechan al propio tiempo al arbolado, y así, el dueño del predio reduce los cuidados de la labranza al solo instante de la recolección, quedando libre de yuntas, gañanes, guardería, estiércoles, riegos, etcétera., y el colono pobre encuentra tierra barata que labrar y, aunque arbolada, sin el riesgo de que el hielo o la sequía, o el bochorno le arruinen, destruyendo en flor la cosecha[69].

Posteriormente he encontrado en el Pirineo de Aragón, en el instante mismo en que acababa de caer en desuso, otro contrato consuetudinario todavía más curioso que el anterior, pero nacido del mismo hecho agrícola (asociación de cultivos), fundado en el mismo principio jurídico (separación de suelo y vuelo) y encaminado en parte al mismo fin (ser labrador sin los cuidados de la labranza); sólo que no se encierra todo en esto; semejante contrato ha sido, además, durante mucho tiempo, instrumento poderoso de crédito agrícola. Me refiero al *empeño* o venta *a carta de gracia* (con pacto de retro) de árboles frutales, independientemente de la tierra en donde vegetan. El objeto principal de este contrato es prestar garantía a los préstamos, pero no se confunde con el contrato de préstamo,

ni sus efectos son iguales; el que vende olivos en esta forma no es un deudor; los riesgos que puede correr la cosa vendida, muerte del árbol, hurto del fruto, depreciación del aceite, sequía, etcétera, son en daño del comprador; si se tratara de un préstamo ordinario, si el vendedor tuviese carácter de deudor, entregando los árboles como una simple garantía, aun cuando éstos pereciesen, el capital prestado no perecería, subsistiría íntegra la deuda, el dueño de la tierra seguiría siendo tan deudor como antes y por igual cantidad.

Estado social a que responde. — El árbol que dio materia a este contrato es principal, si no exclusivamente, el olivo[70]. Plantados a grandes distancias unos de otros por los campos y bancales que se destinaban al cultivo de cereales, servíase de ellos el dueño como medio de obtener crédito real sin obligar el suelo, el cual seguía siendo suyo en pleno dominio y produciendo cosechas de trigo, mijo, cebada o escalla, independientemente de la cosecha de aceite. Constituía este casi el único producto exportable, porque era el único solicitado fuera del país, el que condensaba más valor en menos volumen y peso, y podía sufragar los gastos de transporte por caminos de herradura. Su precio ordinario era de una onza de oro (80 ptas.) por quintal, al paso que el vino oscilaba entre uno y dos duros el nietro (160 litros): su salida era segura; había en el país comisionados para la compra de tal artículo. Así es que los pequeños capitalistas que explotaban la usura, y aun personas que no ejercían esta profesión, deseaban comprar olivos en condiciones tales, que pudieran cosechar su fruto exentos de la preocupación y molestia de cultivarlos. De esta suerte, había, y hay aún, capitalistas que, sin poseer un palmo de tierra, cosechaban hasta cien quilates de aceite en olivos propios, diseminados por doce o quince pueblos. Los labradores mismos acomodados se daban a esta especulación, recibiendo olivos en garantía de pequeños préstamos que hacian a sus convecinos necesitados. Resultaba de aquí que una misma persona poseía olivos en diferentes pueblos, sin ser terrateniente en ellos, o en fincas de varios vecinos de un mismo pueblo; que en un mismo olivar había olivos pertenecientes a diversos propietarios de diversos pueblos, y diferentes todos del dueño del suelo; que,

a las veces, en un olivo tenían participación dos, tres y aun más personas. De aquí que cada casa tuviera una marca especial para señalar los de su propiedad (una cruz, o un corte, o dos cortes, hacia el norte, o hacia el mediodía), lo mismo que para el ganado.

Hoy, la relación entre el precio del vino y el del aceite poco menos que se ha invertido; el primero ha subido en Ribagorza a ocho duros el nietro, y el segundo ha bajado a ocho duros el quintal. Se ha facilitado el transporte, con vías de comunicación perfeccionadas; se han abierto a los vinos mercados en el extranjero; el aceite de oliva ha encontrado rivales en los aceites de semillas, en el gas hidrógeno, en el petróleo, en las grasas animales, en la parafina, etc. Así es que los capitalistas prefieren comprar viñas a comprar olivos; o en otro caso, prestar con hipoteca de la finca entera, sin distinción de suelo y vuelo y rédito de 6 por 100, a pagar en metálico y no en frutos o especie. Por otra parte, el que necesita tomar prestado, si se trata de cantidades de alguna consideración, prefiere hipotecar alguna de sus tierras, y si de sumas cortas, encuentra sin gran dificultad lo que necesita con un simple vale o pagaré, sin necesidad de obligar una finca. Tal es la principal razón por la cual no se celebran ya apenas nuevos contratos de este género, y los terratenientes que tienen en sus fincas olivos vendidos de antiguo con pacto de retro, no quieren retrocomprarlos, no teniéndoles ya cuenta.

Ha contribuido también a que cayera en desuso este contrato, un hecho de carácter meteorológico: la cosecha de vino es más segura y constante que la de aceite. La variedad del olivo que se cultivaba antes, se había adaptado a las condiciones climáticas de aquella parte del Alto Aragón; eran árboles robustos, de mucho vuelo, y que resistían con éxito los fríos intensos propios de un valle pirenaico. La helada extraordinaria de 1829-30 los debilitó sobremanera, cuando no los mató en el punto; sobrevinieron enfermedades, hubo que despojarlos de su ramaje, y han necesitado para reponerse medio siglo. Para reparar los efectos de aquel desastre, plantaron injertos empeltres, caracterizados por su precocidad, pequeña talla, gran rendimiento y excelente calidad del producto; fructi-

fica al quinto o sexto año de plantado. Pero esta variedad, esencialmente aragonesa, que prueba bien en la tierra baja, llevada de repente a una región más septentrional y montañosa, se resentía hasta de los fríos ordinarios, y la cosecha se hizo más insegura; y así dismuida la garantía que los olivos prestaban como prenda y base de crédito, fue disminuyendo naturalmente la demanda. En estos últimos años, repuestos ya los antiguos árboles, que llamaríamos indígenas o aclimatados, restaurada su copa, cultivados con mayor esmero, podados convenientemente para que el fruto sea menos, cobre fuerza y se sostenga, han vuelto a producir cosechas como antes; pero se han encontrado con que las condiciones sociales habían cambiado radicalmente, que el aceite había sufrido una depreciación media de 50 por 100; que los olivos, que antes valían de tres a seis duros en venta «a fruto entero» (uno a dos duros a medio fruto), hoy no pasan de un duro; que se han abierto al capital otros horizontes; y el contrato de «empeño de oliveras» no se ha repuesto como se han repuesto las «oliveras» mismas.

Formas de este contrato. — Esas formas son dos, y a menudo, mientras el contrato está vigente, se pasa de la una a la otra, según veremos.

La primera se denomina *a medio fruto.* El dueño vende, por decirlo así, la mitad del árbol; el comprador adquiere derecho a la mitad del fruto que produzca, quedando la otra mitad a favor del dueño. Los gastos de recolección se pagan igualmente a medias, sustrayéndose rara vez a esta obligación el comprador, porque con ella interviene la recolección y evita ocultaciones. El fraude o hurto que pudiera cometer el dueño del suelo, cosechando parte del fruto a espaldas del condueño de los olivos, es improbable, no por otra cosa sino por la dificultad de hacerlo sin que se conozca. De la forma en que se hacía la venta, dará idea el siguiente fragmento literal de una escritura que lleva la fecha de 1802. «Sea a todos manifiesto que nosotros, F. T. y F. M., vecinos de la villa de P. F., de nuestro buen grado y ciencia cierta vendemos y traspasamos en favor de D. R. N., vecino de B., ocho oliveras *(olivos)*, señaladas en sus troncos con una cruz cara a sol saliente, sitas en

los términos de dicha villa, y existentes: cuatro, en la partida de las Parras, en una heredad nuestra que confronta con...; dos en la partida de las Planas, en otra heredad nuestra confrontante con...: y dos en la partida del Tort, en una faja de nuestra propiedad, que confronta con... Así como las dichas confrontaciones encierran alrededor respective las dichas oliveras, así se las vendemos con todas sus entradas y salidas y universos derechos, libres y francas de toda carga y mala voz, por precio de 41 libras y 8 sueldos jaqueses, en cuya cantidad para el presente *empeño* han sido justipreciadas por peritos labradores a toda satisfacción nuestra... Y ha de ser de nuestra obligación el trabajarlas anualmente, a uso y costumbre de buenos labradores, y por ello nos hayamos de llevar la mitad de su fruto, siendo la otra mitad para el dicho comprador o sus derechohabientes, y para recogerlas deberemos ayudar las dos partes igualmente... Y en el caso que resultase mala voz en dichas oliveras, nos obligamos a evicción plenaria de todo pleito, etc.». Otra escritura dice: «Siendo de mi obligación trabajarlas a uso y costumbre de buen labrador, y por ello me haya de llevar la tercera parte del fruto, y las otras dos sean para el comprador...».

La segunda forma se llama *a fruto entero*. El prestamista comprador hacía suya la cosecha entera de aceitunas, y el dueño del suelo contraía, lo mismo que antes, la obligación de suministrarles todas las labores necesarias, por vía de canon o de interés de la suma recibida. Esta venta generalmente no se hacía desde luego y de una vez; lo ordinario era que el dueño de la finca que había vendido los olivos a medio fruto, cediese luego el derecho a la otra mitad que se había reservado, o bien la mitad de esa mitad, en la forma que indica esta escritura: «Sea a todos manifiesto que nosotros, J. S. y J. M., vecinos de La P. F., con la calidad de mayor parte de ejecutores que somos del último testamento de M. M., por cuanto éste vendió a favor de J. M., vecino de B., con reserva de *carta de gracia,* seis olivos, sitos en términos de La P. F., dentro de un ferreñal del vendedor, llamado El Ferreñal de Casa, que confronta con..., por precio de dieciséis libras jaquesas, reservándose la mitad del fruto a uno de ellos, con la obligación de trabajarlos, según así resulta de la escritura de vendición, que queremos

haber aquí por calendada debidamente y según fuero y leyes del presente reino de Aragón; por tanto, de nuestro buen grado y ciencia cierta, *recargamos* sobre los dichos seis olivos y sobre el precio del empeño de ellos dieciséis libras jaquesas, que a este efecto nos ha entregado el dicho J. M...; y a consecuencia de este *recargamiento*, cedemos al dicho Montanuy y a su derechohabiente la mitad del fruto de dichos seis olivos que fue reservada por el dicho M. M., y nos reservamos para nosotros, en calidad de ejecutores, y para el derechohabiente del mismo M. M., carta de gracia de poder redimir este recargamiento por otras dieciséis libras jaquesas; y mientras tanto, queremos que dicho comprador y sus causahabientes tengan y posean dichos olivos, de cuyo fruto hagan a su voluntad, para lo cual le trasladamos todos nuestros derechos y acciones en ellos, etc.».

A veces, el dueño de la finca que había vendido los olivos a medio fruto, vendía la mitad que le quedaba a una persona distinta de la propietaria de la otra mitad, gravitando de esta suerte sobre un mismo árbol dos escrituras de venta a medio fruto, a favor de otros tantos poseedores, ninguno de los cuales era dueño del suelo sobre quien recaía la obligación de cultivar dicho árbol. «Vendo y traspaso en favor de A. R., vecino de B., para sí y sus derechohabientes, aquella mitad del fruto anuo de las diez oliveras que, con reserva de carta de gracia, vendí en favor de J. M., sitas en una tierra mía, partido de los Bancales, que tengo empeñada, y confronta con..., etc.».

Actualmente, la forma de empeño a fruto entero ha desaparecido casi por completo, a virtud de causas fáciles de comprender. Mientras vivía el propietario del suelo, que había percibido la utilidad del préstamo, o sea, del precio de los olivos, los respetaba como propios y les daba las labores convenientes; pero a su muerte, el heredero, que no se hallaba contenido por ningún impulso de agradecimiento ni por ningún compromiso personal, que se creía menos obligado, y que se encontraba ocupada su tierra por aquellos servidores ajenos, estragándola con sus raíces y con su sombra y menguando la producción cereal, si no podía redimirlos o retrocomprarlos, los destruía clavándoles un hierro candente por el nudo vital, o enterrando

al pie cierta cantidad de sal, o cortando o hiriendo las raíces principales, etc. Para evitar esto, los propietarios de los olivos han hecho una de dos cosas: o rebajar el precio en que los habían comprado, a fin de facilitar la luición o redención al propietario del suelo; o ceder a éste el derecho a una parte del fruto, transformando voluntariamente y sin remuneración alguna el empeño a fruto entero en empeño a medio fruto, con objeto de interesarle en la conservación y propiedad del árbol. En ocasiones, se hacía esto en el instante mismo de la venta; el comprador pagaba el árbol como si lo adquiriese a fruto entero, y luego lo confiaba al vendedor para que lo cultivase a medias. «Vendemos y traspasamos a J. R. todos los olivos que existen en una heredad nuestra, sita en..., francos de toda carga y treudo, con sus entradas y salidas, por precio de 70 libras jaquesas..., cuyos olivos nos los vuelve el J. R. a medias para que los trabajemos a estilo de buen labrador, femándolos y cogiendo el fruto a expensas nuestras; y recogido, hemos de dividirlo en partes iguales...».

Otras condiciones del contrato: contribución; leña; renovación del árbol. — En los amillaramientos se expresa que la cuota de contribución adeudada por los olivos poseídos en esta forma, sigue al fruto, es decir, que se paga por mitad entre el dueño de la finca y el condueño de árbol cuando se poseen a medio fruto; exceptúase únicamente el caso en que el comprador se reservara en la escritura de compra la cláusula de «libre de contribución».

La leña procedente de la poda del árbol pertenece al que costea la operación, si bien, por lo común, ha de consumirse en quemar la tierra misma del olivar, dedicándola a hornigueros.

La regla general es que el derecho del comprador de olivos se extingue con la muerte de éstos: muerto uno, no le es lícito plantar otro en el mismo sitio. Sin embargo, hay casos en que se ha pactado la facultad por parte del comprador, o prestamista, de renovar el olivo, poniendo uno nuevo en el lugar donde hubiere muerto el que fue objeto del contrato y, hasta en ocasiones, el mismo deudor ha tomado sobre sí la obligación de hacerlo. Depende esto de las circunstancias en que se

hallaban deudor y prestamista (vendedor y comprador) al celebrar el contrato.

Luición o redención. — Como todo contrato de este género, el empeño de oliveras es una venta hecha con una condición resolutoria voluntaria. El comprador y el vendedor son dueños del arbolado: aquél, bajo condición resolutoria; éste, bajo condición suspensiva, pues recobra la posesión y el disfrute efectivos tan pronto como devuelve a aquél el precio que a cambio de ella le entregara. «Mediante carta de gracia que para nosotros y nuestros derechohabientes reservamos de poder redimir por el mismo precio las dichas ocho oliveras, *siempre que nos pareciere,* en una paga, o en dos iguales; de forma que siempre y cuando yo, o los míos, daremos, o darán, al dicho comprador o a los suyos dicha cantidad, tengan obligación de otorgarnos escritura de cancelación de la presente vendición y parte que redimiéremos, no debiendo tener efecto los empeños que tengo hechos de dichas oliveras antes de éste en favor de dicho comprador...». Adviértase que la escritura dice: «siempre que nos pareciere», en cualquier tiempo; y esta era y es la costumbre; el derecho a redimir no prescribía nunca. El Tribunal Supremo ha introducido en materia de ventas, a carta de gracia, una novedad peligrosa —contraria al sentimiento del país, y que ha producido ya algunas perturbaciones—, haciendo caso omiso del pacto y aplicándoles el plazo de prescripción de treinta años.

La cláusula de «siempre que nos pareciere» era general, pero no la única que se usaba. Con menos frecuencia, estipulábase en ocasiones una u otra de estas dos: primera, el vendedor no podrá redimir los olivos vendidos, sino pasados *tantos* años. Segunda, el vendedor deberá efectuar esa redención dentro de *tantos* años.

Otra condición que no dejaba de pactarse nunca, versaba sobre la propiedad del fruto que rindiesen los olivos el año en que tuviera lugar la redención. Su forma es la siguiente: «mediante carta de gracia que nos reservamos de poder desempeñar en cualquier tiempo las dichas oliveras, siempre que nos pareciere, en una paga o en dos iguales, pero debiendo *ratearse* la percepción de las *olivas* (aceitunas), el año de la *luición* (reden-

ción), por el tiempo que en tal año posean este derecho el comprador o los suyos, de enero a enero...» (otras veces de febrero a febrero; otras, de abril a abril). La razón de este prorrateo no puede ser más obvia; cuando el vendedor era libre de redimir su arbolado en cualquier época del año, llegado el mes de abril, si veía que los olivos se cuajaban de flor y prometían un buen año, se apresuraban a redimirlos, porque una cosecha abundante valía a veces tanto como la mitad del precio en que habían sido aquéllos vendidos; y para evitar eso, se introdujo la cláusula de que el fruto había de prorratearse entre vendedor y comprador en proporción al número de meses que dentro del año los hubiese poseído cada uno. Si el año se presenta malo, si no hay cosecha, aunque el dueño del suelo trate de redimir los olivos, lo deja para fin de año, porque de todos modos no paga interés, y mientras tanto el precio de la redención puede producirlo. Exceptuábase el caso de que la redención se efectuara el mismo año en que tuvo lugar la compraventa, porque entonces, el comprador debía percibir la mitad del fruto: «Debiendo ratearse la percepción del fruto del año de luición por el tiempo que en tal año posea este derecho el comprador o los suyos, contando de abril a abril, excepto si fuese en este año, que en cualquier mes que *luya* (redima), deberá percibir la mitad de esta primera cosecha...».

Por una nueva cláusula se estipulaba la forma y plazos de la redención. Lo ordinario era dos plazos iguales, algunas veces, tres; en ocasiones, uno para una parte de los olivos vendidos, y otro para los demás, etc. En el primer caso, una vez que el retrocomprador, o dueño del suelo, había satisfecho el primer plazo, adquiría el derecho a percibir doble cantidad de fruto de la que en otro caso le hubiese correspondido: las tres cuartas partes o los dos tercios, si el empeño fue a medio fruto; la mitad, si fue a fruto entero. Y por este tenor en los demás casos. «Con facultad que me reservo de redimir las 24 oliveras en dos iguales luiciones...; y hasta luir la primera vez, he de percibir la mitad del fruto que llevasen, y desde la primera luición hasta la segunda, el comprador, o los suyos, sólo tendrán derecho a la tercera parte de las olivas». «Nos reservamos el poder redimir las dichas oliveras en tres luiciones, en

esta forma: 15 libras jaquesas en la primera, 10 libras en la segunda y otras 10 en la última, entregándolas al dicho comprador o a los suyos». «Mediante facultad y carta de gracia que para mí y los míos me reservo, en esta forma: las ocho oliveras de La Era, en una solución y paga, dando al comprador o a los suyos 17 libras jaquesas, y las tres del Rincón, en otra luición y paga, entregando a aquéllos las 9 libras, 2 sueldos y 9 dineros jaqueses...».

Transmisión de su derecho por el comprador. — Antes de que el propietario de la finca desempeñe o redimiese sus olivos, restituyendo el precio de la venta al comprador, podía éste transmitir a otra persona, por vía de compraventa, el derecho que tenía en ellos, en las mismas condiciones en que lo había adquirido. La siguiente escritura servirá de ejemplo de este género de compraventa, y al propio tiempo de resumen de cuanto va dicho.

«Sea a todos manifiesto que yo, el Dr. D. R. L., presbítero, catedrático de la Universidad literaria de la ciudad de Huesca, y de presente hallado en este lugar de C., como procurador legítimo que soy del Dr. D. J. L., mi hermano, también presbítero, capellán mayor de la Santa Iglesia de la ciudad de Lérida... vendo, cedo y traspaso válida y eficazmente a J. M., labrador y vecino del lugar de B., para sí y los suyos: 1.° Doce olivos, sitos en los términos del lugar de B., partida de la S., los cuales fueron vendidos por J. B. a J. M. de L. por precio de 34 libras jaquesas, mediante carta de gracia de poderlos recobrar... 2.° Veintidós olivos sitos en el mismo lugar de B., partida de C., que fueron vendidos por P. C. al mismo ya mencionado J. M. de L. por precio de 42 libras jaquesas, mediante carta de gracia... 3.° Once olivos sitos en los términos del lugar de T., partida de... los cuales fueron vendidos al mismo J. M. de L. por precio de 32 libras jaquesas, con igual carta que los anteriores. 4.° Doce olivos sitos en la partida de la S., del pueblo de B., los cuales fueron vendidos por J. B. al referido D. J. M. de L., y el sobredicho J. B. *aumentó* sobre ellos y tomó del mismo D. J. M. de L. la cantidad que se expresa en la *escritura de aumento*, que juntos componen un total de 40 libras, siete sueldos y ocho dineros jaqueses, mediante carta de

gracia de poderlos recobrar, y con escrituras hechas en la referida villa de Capella, a 23 de octubre del año pasado de 1803 la de vendición, y la de aumento a 2 de mayo del año pasado de 1808 —francos y libres los expresados olivos de todo treudo, vínculo, obligación y mala voz, y por el mismo precio que suena en cada una de las escrituras arriba calendadas, componiendo juntas la suma de 148 libras, 7 sueldos y 8 dineros jaqueses, los cuales otorgo haber recibido, renunciando las excepciones de fraude, etc.—; mediante las sobredichas carta de gracia y facultad que para los sobredichos J. B., P. C., J. A. y J. B., para los herederos de éstos y sus derechohabientes, reservo, la misma que ellos se reservaron, de poder recobrar y desempeñar los precitados olivos, siempre que les pareciese, por otra tanta cantidad de la que suena y consta en una de las escrituras de vendición arriba calendadas...»

Inscripción de olivos en el amillaramiento. — Tengo a la vista varias cédulas de inscripción correspondientes al año de 1876. Su concepto es como de fincas rústicas; el derecho francés considera también los árboles como bienes inmuebles, lo mismo que el suelo a que están adheridos, mientras no son separados de él, y como consecuencia, les reconoce la calidad de imprescriptibles, independiente y separadamente del suelo y sin que éste prescriba. Por una ficción de derecho, el amillaramiento en Aragón atribuye a los olivos una extensión superficial de un almud de tierra por pie. Las cédulas declaratorias expresan la finca en que los árboles radican y el nombre del dueño de ella; como renta anual, tienen consignada media peseta en empeños a medio fruto, y menos de una a fruto entero. Ejemplo: «Don Domingo Nadal, vecino de Bellestar: clase de las fincas, *cuatro olivos a medio fruto*, en la finca llamada Terraza, propiedad de Antonio Espuña, que confronta con..., etc.; cabida, cuatro almudes; valor en venta, 66 pesetas, y en renta, 2; *tres cuartas partes del fruto de dos olivos*, en una finca sita en Las Lagunas, propiedad de los herederos de D. Ildefonso Pajazas; cabida, dos almudes; valor en venta y renta, 30 y 1 pesetas; *cuatro olivos a fruto entero*, radicantes en la misma finca de Las Lagunas, que confronta con... etc.; cabida, cuatro almudes; valor, 100 y 3 pesetas».

Legislación comparada. — En Europa está reconocida como institución jurídica la división de dominio por razón de suelo y vuelo, y aun en formas menos definidas y concretas que la que queda descrita. Merlin, Dalloz y Laurent citan, con referencia a Francia, casos muy curiosos y sobremanera instructivos. Ya es un municipio propietario de un bosque, y un particular dueño de una parte de los árboles que vegetan en él; ya es otro municipio dueño del arbolado, y el Estado propietario del césped que se forma a su pie, considerando los tribunales ambos derechos, no como servidumbre uno del otro, sino como dos propiedades simultáneas, pero distintas, existentes en un mismo suelo; ya es otro terreno a que tienen derecho distinto dos propietarios, siendo del uno los sauces y álamos plantados en una cierta extensión, y correspondiendo al otro la hierba del suelo y el derecho de plantar nuevos árboles en la parte no ocupada por los ya existentes; ya es un prado en que el primer corte corresponde a un propietario, y el segundo, o tercero, a otro diferente; ya es un terreno inundable, en el cual un propietario tiene derecho a criar peces durante dos años, y otro a cultivar cereales el tercer año, y así alternativamente; etc.

Al derecho de plantar árboles en terreno ajeno o a poseer los existentes en él, le llama Merlin propiedad parcial *(partiaire)*, desmembración del dominio, derecho real. Laurent piensa que más bien sería una servidumbre; sin embargo, reconoce que difiere de las servidumbres, en cuanto éstas son derechos inmuebles; es, dice, un derecho real mueble de una naturaleza especial. Y añade que es materia que da pie a muchas dificultades, pero considera inútil entrar a discutirlas, porque apenas si ofrecen interés práctico. El Tribunal de Casación de Francia tiene declarado que tal derecho no es tan sólo un derecho en los árboles, sino además sobre el suelo, en cuanto el propietario del bosque está obligado a respetar dichos árboles, consintiéndolos en su predio a perpetuidad; por consiguiente, una parte del inmueble pertenece al dueño de los árboles, y éste posee un verdadero derecho inmueble o real.

Para clasificarlo entre las servidumbres reales, sería preciso que hubiese predio dominante, y no lo hay. Que no es tam-

poco un mero usufructo, consistente en el derecho de coger frutos en propiedad ajena, me parece evidente. Acaso pueda precisarse la naturaleza de este derecho, teniendo presente la distinción entre propiedad limitada (derechos reales) y propiedad dividida. (Vid. Azcárate, *Ensayo sobre la Historia del derecho de propiedad*, t. III, cap. II y sus referencias). La verdad es que no tropezarían con tantas dificultades los tratadistas si prestasen menos atención a la base histórica y conociesen todas estas formas de propiedad que ha producido, e incesantemente produce, la costumbre.

El derecho de plantar árboles en terrenos del común es una de las instituciones consuetudinarias más interesantes que rigen en Asturias, y es de sentir que a ninguno de sus jurisconsultos le haya ocurrido darla a conocer. Se llama derecho de *poznera*. El suelo pertenece a la municipalidad; los árboles (ordinariamente castaños) son propiedad de los vecinos, cada uno de los cuales graba los troncos de los que son suyos con una marca especial.

Idéntica costumbre existe en las provincias de Badajoz (v. gr., San Vicente) y Cáceres (v. gr., Valencia de Alcántara) con respecto a los sotos de castaños: el suelo y los pastos que producen son del dominio de los respectivos ayuntamientos; pero los castaños pertenecen a particulares. En algunos distritos, v. gr., en el de Alburquerque, hay dehesas que, por razón del suelo, son terreno de propios y el ayuntamiento lo da en arrendamiento para cultivar cereales o apacentar ganado; pero las encinas que vegetan en ellas son de aprovechamiento común (noticia de D. Joaquín Sama).

Notas

69 *Boletín de la Institución libre de Enseñanza*, t. IV, 1880, p. 185; t. V, 1881, p. 153; t. VI, 1882, p. 71 y 247.

70 Se me ha dicho que hubo también casos de empeño de moreras, en el tiempo en que prosperó la cría del gusano de seda en la región media de Ribagorza.

15 *Capítulo* Posesión mancomunada de bestias de labor

Es conocido el contrato de *conjunta*, por cuya virtud dos labradores que poseen cada uno de por si, un buey o una mula, se lo prestan alternativamente para formar yunta y labrar sus tierras, según un cierto turno, pero manteniéndose siempre la distinción de ambos dominios, y no respondiendo cada uno de los asociados del daño que pueda sufrir la bestia del otro.

Este contrato no bastaba en la montaña de Aragón. Como en todo país pobre, el capital flotante se forma y renueva con gran dificultad; la adquisición de un buey, o de una mula, es para algunos labradores punto menos que imposible, y su muerte envuelve la ruina de una familia. De aqui que al labrador, por regla general, le preocupen más las enfermedades de sus bestias de labor que las de su mujer, porque la renovación de la mujer no le cuesta dinero, y tal vez, al contrario, constituye una fuente de ingreso, al paso que la muerte de un buey, o de una mula, le cuesta hipotecar, o vender, un campo para reemplazarla. Si el animal sufre un accidente desgraciado, no vacila el lugareño en correr afanoso, siquiera sea a media noche y en lo más crudo del invierno, a buscar el albéitar que reside en la villa a una, o dos leguas de distancia; pero si es la mujer quien enfermó, ha de ir conllevando la enfermedad hasta que amanezca y se vea si algún vecino tiene que ir por otros menesteres a la villa y puede encargársele que avise al médico, o que traiga la medicina. Sobre este hecho, la musa satírica del pueblo ha tejido fábulas del más subido color naturalista, con que censura actos propios a que le arrastra el instinto de conservación y la lucha por la existencia.

Sucede, pues: *a)* Que un labrador posee un buey y no tiene capital para comprar otro con que formar yunta, y que un convecino suyo tiene una pequeña tierra y no quiere arrendarla, sino explotarla por sí, pero sin cuidarse de yuntas y criados. Concílianse los dos intereses, comprando este segundo

propietario un buey y confiándolo al primero, a condición de que le labre aquella tierra hasta el límite de un cierto número de jornales por año. *b)* Sucede también encontrarse dos, tres, o más pequeños propietarios sin capital suficiente para comprar cada uno de por sí buey, o bueyes con que labrar su corto pegujar; no pueden tomar yuntas a jornal, primero, porque los que poseen yunta no trabajan a jornal las tierras del vecino hasta que han labrado las propias, y entonces, lo ordinario es que se haya pasado ya la *sazón*, y luego, porque el que labra para otro, casi siempre lo hace mal, no tirando sino a fatigar sus bueyes o mulas lo menos posible; para remediar los inconvenientes, se juntan varios, compran entre todos un buey, lo asocian a otro buey que un labrador o varios poseen, a fin de constituir par o yunta para el arado, y se distribuyen los días del año en proporción a la parte que a cada uno le corresponde, sea *una pata, medio buey, tres patas,* o un buey entero. *c)* Sucede, por último, que varios labradores, aun teniendo capital para comprar uno o dos bueyes, no cultivan bastantes tierras para ocupar una yunta, ni media siquiera, durante todo el año; y pagar un boyero y tener el par en asueto seis u ocho meses haría demasiado costosas las labores. Así pues, adquieren dos bueyes o uno entre varias casas, tomando cada una en ellos la participación que le corresponde con arreglo a la extensión que ocupan sus tierras, medio buey, una pata, tres patas, seis patas, etc., y se distribuyen los días del año, en conformidad con esa participación, del modo que paso a explicar.

Caso *a)*. — Se dice que una persona da un buey *a sort* cuando lo confía a un labrador que posee otro buey, para que se utilice de los dos durante todo el año, salvo un cierto número de días que ha de dedicar a labrarle sus tierras. El número de jornales por año a que tiene derecho dicha persona que puso un buey *a sort* es 24, con obligación de mantener al boyero y la yunta los 24 días, o de satisfacer en metálico el coste de su alimentación si quiere quedar relevado del cuidado de suministrarla; lo cual sucede, principalmente, cuando los dos copropietarios de la yunta residen en pueblos diferentes. Por esto es frecuente que los 24 jornales se rebajen a 20, o 15,

o 12, porque con ese número el que dio el buey *a sort* tiene bastante para dejar convenientemente arada su tierra, y en cambio queda antes libre de mantener la yunta. A veces el propietario entrega al labrador, en vez de un buey *a sort*, su valor en metálico, v. gr., 60 duros, o el valor de medio, 30 duros, o de un cuarto, 15 duros, y los efectos son los mismos por lo que respecta al número de jornales, pues contrae el deudor la obligación de suministrar 24, 12 o 6 jornales de labrar cada año, en clase de rédito que diríamos.

No así por lo que respecta a la responsabilidad. Cuando se entrega un buey *a sort* en especie, para asociarlo a otro buey que poseía ya quien lo recibe, se tasan los dos, a fin de abonarse sus copropietarios la diferencia; desde aquel instante, la distinción de dominios se borra, poseen mancomunadamente la yunta, a toda suerte y ventura, de manera que si uno cualquiera de los bueyes muere, muere para los dos; si aumenta de valor, participan del aumento por mitad; si hay que renovarlo o sustituirlo, tienen que cubrir a partes iguales la diferencia entre el buey muerto o vendido y el comprado para reemplazarlo. Dan como razón de esto, que si cada uno de los dos labradores asociados conservara la propiedad del buey que aportó a la sociedad sin tener participación en la del otro, el que da *a sort* se hallaría en condiciones mucho más desfavorables que su consocio, porque como es éste quien tiene a su cuidado la yunta todo el año, mantendría mejor y atendería con más esmero al buey propio que al ajeno, y no tardaría éste en desmerecer o en ser víctima de algún accidente. Cuando en lugar de un buey *a sort* se entregó su valor en metálico, la sociedad desaparece, viniendo a quedar reducido a las condiciones de un simple contrato de préstamo con interés a pagar en jornales; el capital entregado no muere ni mengua, el prestamista tiene derecho a las mismas labores que en el caso anterior, pero no tiene parte en la propiedad de la yunta; si ésta se desgracia, si un buey muere, no muere como antes para los dos, sino para el único que es su dueño. Como se comprende fácilmente, es contrato muy beneficioso para el acreedor, pues representa, por lo menos, una ganancia de 24 por 100 anual sobre el capital que entrega. A pesar de esto, como hay en el

país muchos labradores que poseen yunta de bueyes sin tener en qué emplearlos todo el año, y la demanda de jornales es muy escasa, y no alcanza a ocuparle los días que le quedan libres una vez arado lo suyo, pasan en sus apuros por recibir dinero, a pagar interés en esa forma, en la cual, después de todo, encuentran la ventaja, no despreciable, de que mientras aran para su acreedor viven a expensas de él, así el labrador, o su boyero, como los bueyes.

El detalle de la distribución de labores tiene una importancia capital, por la necesidad de aprovechar los pocos días que dura la *sazón* inmediatamente después de una lluvia largo tiempo esperada. Los 24 jornales a que da derecho la entrega de un buey *a sort*, o de su valor en metálico, se distribuyen en tres épocas del modo siguiente: ocho para romper, ocho para mantornar *(binar)* y ocho para sembrar. En todo caso, el que dio el buey *a sort* tiene preferencia sobre el que lo recibió; avisado éste con veinticuatro horas de anticipación, debe ponerse con la yunta a disposición de aquél.

Vengamos, ahora, a los casos *b)* y *c)*. — El número de días o de horas que corresponde labrar para cada uno de los asociados, se halla en proporción con la parte que cada uno tiene en el buey o bueyes poseídos en común, pero dentro de un ciclo o período breve, en el cual se turna, a fin de que todos participen de las buenas *sazones* y del mal tiempo. Si, por ejemplo, poseen entre tres un buey, correspondiendo a uno la mitad, a otro una pata y al tercero otra pata (tal es el tecnicismo consuetudinario de este contrato), el ciclo es de seis días, de los cuales corresponden al primero tres, al segundo uno y medio y otro tanto al tercero; agotado, da principio el mismo turno, y así durante todo el año, independientemente de que llueva o no llueva, se labre o no se labre, etc., pues el ciclo o alternativa corre siempre para los efectos de mantener a los bueyes o apacentarlos. Ordinariamente, el período es de ocho días, día por pata. El ciclo o turno principia por el asociado que tiene mayor participación. Si la participación de todos es igual, o hay dos consocios que tienen una misma, alternan por temporadas en cuanto a la prioridad; el que fue primero de los dos o tres para romper el rastrojo, es segundo para mantornar

y tercero para sembrar, y así sucesivamente. Sin embargo, aunque éste sea el *derecho,* en la práctica sufre mil modificaciones por convenio particular entre los consocios, que adaptan la generalidad de la regla a sus especiales necesidades; pues sucede con frecuencia que, por ejemplo, las tierras del uno son más fuertes que las del otro, y retienen por más tiempo la humedad y consienten mayor espera o requieren más días de sol para poder ser aradas, y se ceden o permutan unos a otros sus respectivos turnos, en todo o en parte, según les aconsejan las circunstancias en cada momento.

Generalmente, este contrato se celebra de palabra, y las condiciones de él están confiadas a la costumbre oral; así es que no he podido hallar ni una sola escritura en el pueblo de Benavente, donde ha sido común el celebrarlo y donde todavía existen al presente varios casos. En su colindante La Puebla Fantova pude haber el siguiente papel privado, donde se estipulan tan sólo una o dos de las condiciones que son esenciales a este contrato, y que es al propio tiempo modelo de estilo y sintaxis popular, que recomiendo a los folkloristas. «Pactos y condiciones entre nosotros, Francisco Latorre y José Pueyo, los dos vecinos de La Puebla de Fantova, que el Francisco Latorre tendrá parte en los dos bueyes que tiene en su poder el José Pueyo, y que la parte será de una pata en cada buey, y que el Francisco Latorre estará a la parte de la pérdida y la parte de la ganancia que le corresponda de la parte que tiene en los bueyes, y que el José Pueyo y el Francisco Latorre no podrán venderlos sin una avenencia de las partes; y también son pactos que el Francisco Latorre pueda labrar con dichos bueyes de cada cinco días uno, y que el Latorre no tendrá que entenderse en los bueyes más que los días que los haga labrar. Hecho fue lo sobredicho en la Puebla de Fantova a 25 de abril de 1881, siendo testigos F. y M.».

Otro contrato muy frecuente, y que tiene con éste bastante semejanza, consiste en poseer a medias entre dos un burro para carga. El uno (v. gr., un párroco) pone el capital para su adquisición; el otro (generalmente un labrador en pequeño) lo toma a su cuidado, y lo mantiene y utiliza mientras aquél no lo necesita. Cuando el consocio que adelantó el precio del burro

ha de hacer un viaje, transportar leña del monte, ropa colada al río, etc., le basta pedirlo, pues tiene derecho preferente. Si el burro muere, el labrador que lo tomó a su cargo ha de abonar la mitad de su valor a su consocio que lo pagó entero; lo que aumenta o desmerece su precio, lo gana o pierde asimismo para los dos. Si así no fuera, si el labrador no tuviese un interés directo en la conservación del burro, lo haría trabajar más de lo justo, o lo cuidaría menos de lo preciso, y no tardaría en envejecer, o en morir.

16. Capítulo Pupilaje de animales

Pueden distinguirse fundamentalmente en el Alto Aragón tres distintas regiones agrícolas, señaladas por otras tantas zonas estrechas en el sentido de los paralelos: una septentrional y fresca, la región de los pastos; otra meridional y cálida, la región de los cereales, y otra intermedia, que a trechos se confunde con la primera, o con la segunda, y que a trechos participa de las dos. La primera comprende los valles más elevados del Pirineo, lindantes con Francia, donde tienen su nacimiento los afluentes de la izquierda del Ebro, y abunda en hierbas, hayas, robles y encinas (en general, los partidos de Jaca, Boltaña y parte del de Benabarre). La segunda abarca toda la tierra llana, pasadas las últimas estribaciones del Pirineo, lindante al sur con el río Ebro, y produce en abundancia trigo, cebada y paja (Fraga, Sariñena y parte de Huesca, Barbastro y Tamarite). La región intermedia se extiende como una franja sinuosa entre Cataluña y Navarra, penetrando alternativamente en la primera región por los ríos, allí donde se ensanchan antes de desembocar en el llano, y en la segunda, por las sierras de los somontanos, remates meridionales del macizo pirenaico. A la oposición indicada en las producciones, hay que añadir que el año que llueve mucho en la región montañosa llueve poco en la región llana, y viceversa, y por consiguiente, que las cosechas andan ordinariamente encontradas. Resulta de aquí que la agricultura y la ganadería de esas diversas zonas necesitan auxiliarse mutuamente; y en tal necesidad se ha engendrado una costumbre por todo extremo interesante: el conlloc o pupilaje de animales.

Expondré con separación el conlloc de cerdos, y el de ganado vacuno y mular.

Conlloc de bueyes. — Sucede que en la región intermedia, y con más razón en la baja, si durante la primavera tienen pastos o hierba con que mantener sus bueyes de labor, el sol abrasador del estío y la falta de lluvia dejan el monte seco y desnudo

de toda vegetación herbácea. Por lo mismo, las tierras carecen de sazón para ser labradas; de modo que las yuntas de bueyes están de vacación los meses de julio, agosto y aun septiembre. Al revés, en la zona alta del Pirineo, praderas extensas ostentan en flor su rico herbario de sustanciosas gramíneas y leguminosas, cuyos dueños tendrían que dejarlas granar y perderse por falta de capital, si no enviasen a veranear sus bueyes los labradores de la región inferior. Las praderas de que se trata pertenecen unas a particulares, otras al procomún. El propietario o arrendatario de ellas toma uno o más boyeros para cuidar de las reses que se le confían. Entre San Juan (24 de junio) y San Mateo (22 de septiembre) cuesta 10 pesetas por cabeza, incluyendo, además de los pastos, la guarda y la sal.

En Asturias, muchos propietarios de la marina que se dedican al recrío de ganado vacuno, tienen adquirido de los concejos de la montaña el derecho de mantener en sus pastos comunes un cierto número de cabezas. Es un verdadero derecho real, y se expresa diciendo que se poseen en el monte *tal* «tantas» *vacadas*, que es decir, facultad de enviar a aquel monte «tantas» vacas (noticia del Sr. Pedregal).

Conlloc de mulas. — El conlloc de bueyes tiene lugar (en Aragón) durante el verano; el de mulas, durante el invierno. Se dice tener el ganado a *invernil.* «La principal función de este contrato (escribía hace cuatro años) es servir de intermediario a dos importantes industrias propias de país de montaña: la de recría y trata de mulas, que ejercen muchos capitalistas de las poblaciones más crecidas, y el cultivo de prados en gran escala, a que se dedican los propietarios de las aldeas y lugares menos poblados. Careciendo éstos de capital para la compra de ganado mayor, no pueden ejercer la primera industria, que es la más lucrativa; lo accidentado del terreno, la falta de vías de comunicación y las distancias relativamente grandes, hacen imposible el transporte de heno de unas a otras localidades; tienen, pues, que dedicarse, para utilizarlo durante la invernada, al cuidado de un cierto número de cabezas de ganado que les confían por un tanto alzado los referidos especuladores. Dura el contrato, por regla general, cinco meses, desde octubre a marzo, y la pensión por todo este tiempo oscila

entre 180 y 280 reales por cabeza, según que haya sido más o menos abundante la cosecha de hierba (*Derecho consuetudinario del Alto Aragón*, cap. XII)». El señor don Gervasio González de Linares, comisario de Agricultura de la provincia de Santander, en su importantísima obra *La Agricultura y la Administración municipal* (Madrid, 1882), recomienda que se imite en su montaña este sistema de pupilaje de ganados del Alto Aragón.

Posteriormente he averiguado que el conlloc de mulas tiene en el Alto Aragón más importancia de la que le había atribuido en aquella sucinta noticia. El año en que llueve poco en la montaña, la hierba escasea y las bordas o heniles no pueden llenarse; la falta de carreteras hace imposible el transporte de forrajes, paja y cebada en condiciones económicas. En cambio, en la tierra llana ha llovido abundantemente, y la paja no cabe en los pajares y se han formado *borguiles* voluminosos; además, en los remates inferiores de las estribaciones pirenaicas, como nieva menos, y la altitud es menor y más alta la temperatura, la hierba principia a crecer con los primeros anuncios de la primavera, mucho antes que en la montaña, sobre todo, en los carasoles. Aprovechando esta doble circunstancia, los criadores de la montaña bajan sus mulas de recrío al somontano durante un cierto número de meses, a lo cual llaman llevarlas *a la paja*. Durante el día, salen a pastar por los yermos y rastrojeras; durante la noche, reciben paja sola a todo pasto. El coste de este pupilaje varía entre 40 y 60 reales mensuales por cada mula. Por supuesto, no se comprende en este precio la manutención del gañán o *mozo* que el criador envía siempre con su ganado para que esté al cuidado de él.

Al contrario, el año que ha sido malo en los somontanos y abundante en hierba en los valles altos, muchos labradores, luego que han terminado la siembra, llevan las mulas de labor *a la montaña*, a fin de engordarlas; están todo el día a cubierto, en las *bordas* o *buerdas*, recibiendo grandes cantidades de heno por todo alimento. Cuesta unos dos reales diarios por cabeza. El pupilero lo da todo: local, forraje y cuidados. El dueño de las mulas no tiene que mantener criado alguno al lado de ellas.

Conlloc de cerdos. — En la zona alta del Pirineo se pierde todos los años una verdadera riqueza en bellota y hayuco, porque recoger estos frutos costaría mucho, y más aún el transportarlos por malísimos caminos de herradura a los centros de consumo, y su venta no cubriría los gastos. Trae más cuenta llevar al pie del árbol piaras de cerdos que los consuman y reduzcan a carne sin gastos de recolección y de transporte; pero el país, en general, es pobre y no puede dedicarse a una industria como esa que requiere capitales de bastante consideración. En la zona intermedia existe el capital, pero el suelo no produce hayas, y los robles y encinas son relativamente escasos y no constituyen monte sino por rara excepción; traer bellota de la montaña, recargaría con exceso el costo de la crianza, y más aún si hubiera de mantenerse a los cerdos con otra clase de alimento, patatas, cebada maíz, algarroba, etc. Dos zonas próximas, cada una de las cuales posee uno de los dos elementos necesarios para el ejercicio de una industria, forzosamente han de entablar entre sí relaciones de derecho para aproximarlos y concertarlos y hacer productivo el uno por el otro. La zona intermedia lleva piaras de cerdos a la montaña, donde hay personas dedicadas a su cuidado en los hayales y robledales, mediante un cierto lucro. Con relación a él, este contrato reviste dos formas distintas:

1.ª *Por cantidad alzada.* — La temporada principia en los robledales para San Miguel, o el Pilar; en los hayales hacia Todos Santos; y acaba en Santa Lucía (13 de diciembre). Pues bien; el cuidado y el alimento de los cerdos en este período cuesta entre ocho y diez pesetas, según la edad. Además, ha de darse al pupilero un almud de judías. Con ese gasto, el valor del cerdo aumenta, unos años con otros, en 30 pesetas, o lo que es igual, 300 por 100. No es de extrañar que se tenga por negocio muy lucrativo para las dos partes y sea muy común y frecuente.

2.ª *A media ganancia.* — En esta forma, dependiendo la remuneración del pastor, o pupilero, del éxito de la industria, se confunde en cierto modo este contrato con la aparcería pecuaria, o arrendamiento de ganados descrito en el capítulo XIII. Se considera esta forma más perfecta que la anterior, porque como el pastor tiene parte en la ganancia, procura que sea ésta

todo lo mayor posible y, por consiguiente, tiene más cuidado del ganado que se le confió. Por lo demás, tanto en este caso como en el primero, el pastor es irresponsable de los accidentes que sufra el ganado: es contrato pendiente, enteramente, de la buena fe.

La cuantía de lucro obtenido es variable, y depende de la raza a que pertenece el ganado *conllocado*, de la cantidad y calidad de la bellota que encuentra en el monte, o que se le suministra, y de que el año haya sido más o menos húmedo; si llueve mucho, el alimento del cerdo no sólo es más abundante, sino más variado y nutritivo, pues encuentra raíces, setas, lombrices, etc.

Derecho comparado en materia de pupilaje de cerdos. — Esta costumbre no es privativa del Alto Aragón. Más aún que en Ribagorza, se practica en otras provincias de la Península, y convendría sobremanera recoger todas las variantes de ella, al efecto de fijar sus caracteres esenciales y comunes y trasladarla en su día al Código civil.

En la provincia de Burgos, partido de Sedano, hay pueblos dedicados especialmente a la industria del pupilaje de cerdos: el valle de Zamanzas, por ejemplo, envía piaras de cerdos a Hoz de Arreba, y otros puntos, donde abunda el hayuco y la bellota, confiándolas a encargados especiales, en condiciones que ignoro. (Noticia de D. Julián Díaz). También existe en la región occidental del Moncayo, provincia de Zaragoza. Pero donde ha alcanzado esta institución jurídica y económica un desarrollo extraordinario, es en Extremadura. La siguiente descripción, hecha con noticias que debo a los señores Baselga, Sama y Oña, aunque sucinta, basta a dar una idea de su importancia y de los rasgos diferenciales que la separan de la variante ribagorzana.

Los cerdos que se crían en casa y que son siempre en corto número, uno a cinco, o seis, ordinariamente, forman durante el día la «piara del concejo»; y para llevarla a pastar a los montes del común, eriales, caminos, etc., hay un servidor especial, el «porquero del concejo», distinto del encargado de la dula, o adula, que lleva otro camino. El pupilaje sólo se aplica a la cría en grande, que diríamos industrial.

Los dueños de las dehesas encinares, unas veces las explotan por sí, con cerdos propios, o con cerdos ajenos a pupilaje, o con cerdos propios y ajenos; otras veces las arriendan, y el arrendatario las beneficia igualmente con ganado propio o recibiendo a pupilaje el que se les confía. De la cosecha, mayor o menor, que produce cada año el encinar depende que se opte por una u otra combinación. Los mayorales están muy prácticos en esto, y no bien apunta la flor, ya calculan el número de cabezas que aquel año podrá mantener determinado número de árboles, salvando el imprevisto de los ratones y las palomas torcaces. Pero hay que contar con otro alimento, además del fruto: el agua. Una dehesa encinar reúne condiciones industriales tanto más favorables y tanto más se paga cuanto mejor y más próximo tiene el abrevadero; alcanza el máximum si éste es de tal naturaleza que permita bañarse al ganado. Los cerdos quieren beber con frecuencia y refrescarse, y cuando lo logran, disfrutan de mejor salud, engordan más en igual tiempo y su mortalidad es menor.

Los cerdos dados a pupilaje necesitan ración de engordar, o solamente de entretenimiento. Los primeros se llaman cerdos *de vara*; los segundos, cerdos *de vida*. Esta distinción industrial da origen a otra jurídica; por razón de ella, el contrato de pupilaje reviste dos formas diferentes.

Primera forma. A tanto alzado. La montanera comprende, por lo común, desde el 15 de septiembre hasta el 15 de enero, y viene a costar 30 reales por cabeza, término medio. En tales condiciones, sólo se reciben a pupilaje los cerdos de vida, que también se dicen *granilleros* porque van al retal, al granillo, como si dijéramos, a espigar lo que han dejado los de cebo; y *malandares,* acaso por lo mucho que tienen que correr y afanarse cada día para encontrar el alimento suficiente, pues se introduce en cada dehesa un número tal que sólo toque a cada uno la cantidad de bellota estrictamente necesaria para vivir. Tiénese este ejercicio por ventajoso, pues fortalece las carnes del animal y lo predispone favorablemente al engorde. Como esta clase de cerdos pasa todo el año en la dehesa, necesita en el invierno cobijarse durante la noche; y a este efecto se construyen grandes zahurdas, antes raquíticas y sucias, y hoy ya

suntuosas y ajustadas a todos los preceptos de la higiene. Una de sus alas se divide en pequeños departamentos, parte a cubierto, parte al aire libre, donde se colocan las cerdas con su cría, aisladas unas de otras. Aneja a la habitación del guarda o del propietario.

Segunda forma. A tanto por arroba de peso que aumenta cada cerdo en la temporada de la montanera. Ya queda dicho que en esta forma sólo se dan a pupilaje los cerdos cebones, llamados de vara. Cuando los montes eran de aprovechamiento común se vareaban las encinas, con el ansia cada vecino de ser el primero en aprovechar el fruto y no dejarlo a los que vinieran detrás, resultando de esto, no sólo que el fruto se cogía verde y producía menos carnes, sino que, destrozadas las ramillas con la vara, daba menos fruto al año siguiente. Desde que las dehesas vinieron a ser de dominio particular, las encinas no se varean, se deja madurar el fruto y que caiga por sí solo; y como consecuencia, en una misma dehesa se ceba mayor número de cerdos que antes. Esto no obstante, han conservado su antiguo nombre de cerdos de vara. Se pesan dos veces: al ser entregados en pupilaje y al terminar la temporada; la diferencia representa el aumento de peso que ha tenido el ganado. Por cada arroba de aumento se paga 10 pesetas, coste total del pupilaje. Hay que advertir que los cerdos de vara, como se matan antes del invierno, viven siempre al raso y no necesitan zahurdas. Lo que sí se hace es dejar cerca de la majada una *reserva* o coto de árboles para los últimos días, en que el ganado, por su extremada gordura, no puede moverse sino con gran esfuerzo y a distancias muy cortas.

El pupilaje de cerdos se combina a menudo en Extremadura con el de ganado lanar, mular y vacuno.

Últimamente, es objeto también de este contrato, además de la bellota, el espigueo en las mieses recién segadas, con piaras de cerdos; lo cual da pie a multitud de combinaciones.

17. Capítulo Seguro mutuo para el ganado vacuno

Constituye ésta una de las numerosas instituciones comunales antiguas que han llegado hasta nuestro tiempo (los pastos de aprovechamiento común, los propios de los pueblos, la derrota de mieses, la adula, el reparto de leñas y de hierbas, el sorteo periódico de tierras de labor, los prados de concejo, la taberna de concejo, el monopolio de la venta de comestibles, la plantación de castaños y otros árboles en tierras concejiles, la herrería, tejería y molino del común, los pósitos, el gremio, el seguro mutuo, la iguala concejil, el corral de concejo, la andecha y la lorra, el serano, la sestaferia, la democracia directa por el concejo de vecinos, etc.), y que son un ejemplo elocuente de cuán admirablemente se adapta el derecho, lo mismo el público que el privado, a las condiciones de la vida cuando no lo cohibe o tuerce el poder supremo, movido por sugestiones doctrinales o por un mal entendido personalismo. La individualización no llegó hasta donde hubiera querido la Ciencia Económica, sino hasta donde lo consintió la vida, que fuera de ese límite se habría extinguido. La masa de la población, compuesta de los débiles, de los desheredados, de los imprevisores, de los poco capaces, las familias heridas por la muerte en los miembros que habían de servirles de sostén, las que sucumbían a los rigores de la fortuna, a accidentes fortuitos de la naturaleza, a desgracias imprevistas, encontraban en esas instituciones un alivio para su desventura, o una tutela contra el egoísmo de los afortunados; con ella, la competencia tenía un regulador y la lucha por la existencia un freno. No abarcaban la vida entera, que habría sido oprimir o negar la individualidad; le servían de coeficiente en el límite preciso, y nada más; regularizaban y moderaban el movimiento no siempre ordenado de ese mecanismo complejo de la vida local, donde tantas fuerzas se cruzan, entrechocan y destruyen.

La Economía individualista y atómica, basada en categorías abstractas de razón, y el espíritu revolucionario de nuestro

siglo, impulsado por un odio ciego a lo pasado, destruyeron en una hora la más de esas fórmulas, que venían consagradas por el voto de treinta generaciones, y entorpecieron el juego de las demás; y el campesino y el menestral se han encontrado repentinamente abandonados a sí propios, huérfanos de aquella tutela paternal que los antepasados habían encarnado en instituciones sabias y protectoras, solos enfrente de un Estado central incapaz de prevenir los dolores individuales y aun de remediarlos de otro modo que por el incompleto e imperfectísimo de la beneficencia pública organizada militarmente.

Entre las pocas instituciones económicojurídicas populares que han resistido a la acción disolvente del radicalismo político de nuestro siglo, figura el seguro mutuo sobre la vida del ganado vacuno. Esta costumbre municipal se halla en relación directa con la mayor o menor importancia que alcanza aquel género de ganadería en cada región o pueblo: por esto se ha desarrollado más en Galicia que en el Alto Aragón. Aunque es una institución cooperativa municipal, reviste en la actualidad las formas del Derecho civil (contrato de sociedad).

Por virtud de ella, se establece solidaridad de riesgos y de responsabilidades entre todos los vecinos que poseen bueyes o vacas. Los labradores pobres, alcanzados siempre, viviendo al día, a quienes son cortos los años de buena cosecha para tapar los portillos que abren en su corto pegujar los años escasos, renuevan con suma dificultad las yuntas de labor: en su presupuesto no hay partida para imprevistos; y un imprevisto tal como la muerte de un buey o de una mula, a menudo lleva consigo el que la familia que padeció el accidente descienda un grado más, tal vez el último, en la jerarquía social a que da carácter la propiedad. A prevenir esta contingencia va encaminado el seguro mutuo objeto del presente capítulo. Asociados los labradores o ganaderos dueños de reses vacunas, responden mancomunadamente del daño que sufra una cualquiera de ellas.

Dos variantes puedo señalar en esta costumbre; si bien es tan leve la diferencia, que en el fondo vienen a confundirse en una sola. La forma más usual en el Alto Aragón consiste en obligarse los asociados a tomar, en proporción al número de reses que tengan inscritas, o a la parte que posean en una res,

la carne de la vaca o buey muerto de accidente, o enfermedad, al precio convenido de antemano, de manera que el total de cuotas venga a arrojar una cifra próximamente igual al precio del animal vivo[71]. En Galicia es más frecuente abonar al dueño de la res siniestrada el capital con que figuraba ésta inscrita en el registro de la comunidad, deduciendo el producto de la piel, y en su caso, de la carne, vendidas en el mercado público, si lo hay en la localidad, o por reparto entre los asociados en caso contrario.

Vengamos ahora al pormenor de una y otra forma de la costumbre.

a) *En el Alto Aragón*

Ignoro si este importante contrato de sociedad es muy antiguo en el país, pues, a diferencia de Galicia, no es costumbre celebrarlo en escritura pública, y, por lo tanto, los protocolos no arrojan la menor luz sobre este punto.

La cláusula característica y fundamental en Ribagorza consiste, según queda dicho, en lo siguiente: los asociados se obligan a tomar, en proporción al número de reses vacunas que tengan, o al número de patas que posean en un buey, o en un par, la carne de la vaca o buey muerto de accidente, o enfermedad, sea aprovechable o no, al precio convenido de antemano, que es tres o cuatro reales por libra carnicera (poco más de un kilógramo). Suele limitarse la responsabilidad a las reses mayores de dos años y menores de doce, salvo acuerdo especial en contrario tomado por la mayoría. En todo caso, si una res se desmedra y amaga morir, la sociedad, previo reconocimiento facultativo, obliga a su dueño a que la venda, y si lo resiste, declina respecto de ella toda responsabilidad. Cuando un socio vende uno o más bueyes y compra otros, ha de ponerlo en conocimiento de los administradores de la sociedad, a fin de que examinen las condiciones de las nuevas reses aseguradas, y decidan si pueden o no admitirse al seguro. Por igual motivo, se pacta algunas veces que no se podrá trasladar los bueyes a una distancia mayor de tres horas, sin conocimiento y licencia de los administradores de la sociedad.

Luego que enferma una res, su dueño ha de dar parte inmediatamente a los administradores, o comisarios de la sociedad, a fin de que dispongan su curación o su degüello, según los casos. Muerta o degollada, se distribuye su carne entre los asociados en la proporción antes dicha, con obligación de pagarla, sea o no comestible, al precio de tres o cuatro reales por libra carnicera. Los despojos y la piel corresponden al dueño de la res muerta; no se le obliga a tomar parte alguna de la carne. Los gastos de matacía, en algunos pueblos, corren de cuenta suya; ordinariamente, de cuenta de la sociedad. Lo mismo el peso y reparto de la carne que la recaudación de su valor, corre a cargo de los administradores de la sociedad. Si el siniestro ocurre entre principios de noviembre y fines de mayo, el dueño de la res muerta ha de recibir el valor de la carne antes del 15 de abril; si ocurre en cualquier otra época del año, dentro de los quince días (a veces de los ocho) siguientes al del suceso. Pasado ese término, puede reclamar judicialmente de los administradores, como éstos de los asociados, principal, costas y perjuicios. Si la res muerta formaba parte de un par de labranza, además de abonar la carne al dueño, se le contribuye con un jornal de arar por cada uno de los asociados.

Todo esto, en el supuesto de que el buey o vaca falleció de accidente fortuito, o enfermedad no imputable al dueño. Si se sospecha que la muerte fue causada por descuido de éste o intencionadamente, y el hecho se justifica en debida forma, se le excluye de la sociedad, imponiéndose al autor y a sus cómplices, daños, perjuicios y costas.

El contrato es obligatorio por un año. En mayo o en septiembre se celebra junta general para renovar los cargos de administrador o comisario, y en ella pueden modificar o adicionar las cláusulas vigentes hasta aquel día, y admitirse nuevos socios, y darse de baja los que lo tengan por conveniente. Si durante el año un asociado vende uno o más de sus bueyes, o todos, y lo participa en tiempo a la sociedad, no cesa su responsabilidad por ellos hasta después de tres meses; en algún pueblo, hasta los seis. No se puede admitir nuevos asociados sino por acuerdo de la mayoría en junta general.

Entre los varios contratos privados de esta clase que he tenido ocasión de ver, figura el siguiente como el menos incompleto. «Los abajo firmados, vecinos de Pilzán, como dueños y poseedores de alguna ganadería de vacuno, para aliviar y socorrer las desgracias que puedan ocurrir y repararlas, en lo posible, a los vecinos que firmen, otorgamos esta obligación con las condiciones siguientes: 1.ª En caso de morir de desgracia alguna cabeza de ganado vacuno de la propiedad de los firmantes, o aunque sea más de una cabeza, están obligados a tomar la carne, que se les repartirá a cada uno conforme al número de cabezas que posea de dos años arriba de edad, hasta despacharla toda, a peseta por (libra) carnicera. 2.ª Se ha de nombrar cada año dos encargados administradores para pesar y repartir toda la carne entre todos los socios obligados. 3.ª La distribución y reparto de la carne han de hacerlo dentro de las veinticuatro horas de ocurrida la desgracia y muerte. 4.ª Los mismos administradores cuidarán de cobrar el importe de la carne repartida, dentro de los primeros quince días, pudiendo el dueño compeler al pago a los administradores, así como éstos a los deudores, pasados dichos quince días, aunque sea judicialmente. 5.ª Toda cabeza de ganado vacuno que llegue a doce años de edad queda excluida de este convenio y obligación, a no ser que a pesar de esta edad haga buen servicio a su dueño; en tal caso, se reunirá la mayoría de los socios y, a pluralidad de votos, acordará lo que convenga y proceda en justicia. 6.ª Si hay alguna cabeza de ganado vacuno, aunque no tenga los doce años, pero que es floja y no presta buen servicio a su dueño, éste deberá venderla, y si no la vende, la Sociedad puede reconocerla, y según lo que le parezca, excluirla del seguro. 7.ª En caso de presumir la muerte causada voluntariamente por su dueño a alguna cabeza de ganado vacuno de las comprendidas en esta obligación, justificado con pruebas de testigos o juramento del causante, será excluido de este convenio con *íntima* de costas y perjuicios al reo y sus cómplices. 8.ª En el caso de morir alguna cabeza de ganado de las que forman el par de labranza, se le dará al dueño un jornal de labrar por cada socio, y si la muerte y desgracia ocurre desde la fiesta de Todos los Santos hasta la Virgen de Marzo, cobrará la Junta de cada socio desde este día

hasta el 15 de abril, si el tiempo lo permite, y en lo restante del año, a los quince días, también si el tiempo lo permite. 9.ª No será admitido ningún nuevo socio a este convenio sin acordarlo la sociedad en mayoría de votos; tampoco podrá salirse ningún socio hasta fin de año, que concluye el día 8 de Nuestra Señora de septiembre, en cuyo día se pueden y deben renovar los administradores. 10. La Sociedad, a pluralidad de votos, podrá alterar, si conviene, todas y cada una de las condiciones que contiene esta obligación, pero una sola vez al año, y el día que fine, o sea, el 8 de septiembre citado. Así lo otorgamos y nos obligamos mutua y recíprocamente a cumplirlo, etcétera, en Pilzán, a 15 de julio de 1881.».

Últimamente, existe algún caso que se aparta algún tanto de la regla y sirve como de enlace la costumbre altoaragonesa y la gallega. Según ella, no se abona al dueño de la res muerta el valor de su carne, según cierta tasación convenida en la escritura de constitución, sino las dos terceras partes del valor de la res justipreciada como si estuviera viva y sana, el cual se hace efectivo por repartimiento a prorrata entre todos los asociados. La carne se distribuye entre todos, si es aprovechable. He aquí los estatutos de la Sociedad mutua de Benabarre, tan poco expresiva como desdichadamente redactada: «Relación de los socios que han convenido y pactos que entre *ambos* convinieron por si se desgracia alguno de los *más* bueyes de los abajo firmados, cuyo contrato principiará a regir el día 14 del actual, y se nombrará una comisión del seno de la Sociedad, para que en el momento que enfermase un buey, el dueño de él dé parte a dicha comisión para que ésta se reúna para tratar de medicinarlo o de degollarlo, y si muriese *al* (en el) campo, o de otra enfermedad, se tase como si estuviese vivo, y se repartirá toda la carne entre los socios, y al dueño no le tocará carne, sólo le quedará el *menudo* y el cuero, y el dueño del buey perderá la tercera parte, y la Sociedad pagará las dos terceras partes, y el amo del buey se quedará obligado a pagar los gastos del *cortador* y repartir la carne; es pacto que lo que se tase el buey y después de partir la carne, sólo pase ocho días para pagarlo, y esto lo recogerán los socios nombrados de la comisión, y el que no pagase, firmado que esté, y lo tuvieren

que *poner por josticia*, pagará todos los gastos que se ocasionen, cada socio tomará carne por los bueyes que tenga *al* momento de morir el buey. Quedan obligados a tomar carne todos los socios hasta que dé parte que se han vendido los bueyes, y pasados tres meses, y todo socio queda obligado a dar parte a la Comisión de la Sociedad que ha vendido los bueyes y ha comprado otros, y la comisión está obligada a revisar dichos bueyes que se hayan comprado, y tampoco será admitido a la Sociedad ninguno que haga un año que tiene bueyes hasta el primer domingo de mayo que se reúna toda la Sociedad. Benabarre 1875-82. Lista de los socios para repartir carne. (Siguen 32 nombres)».

b) *En Galicia*

En Galicia tiene mucha más importancia que en el Alto Aragón el ganado vacuno, y no es de extrañar que el seguro mutuo se halle más generalizado, que su celebración revista mayor solemnidad, y que el texto del contrato sea más detallado y perfecto. Hace cosa de un año (1884), el corresponsal de un diario madrileño *(El Imparcial)* daba a conocer esta costumbre, contándola entre las cosas memorables de Galicia y que mejor retratan el carácter positivo del gallego. «La otra práctica que cuidadosamente observa por su parte el que compra (un buey o vaca), es untar y hacer algunas cruces con ajos a la res adquirida, porque está reconocido por personas competentes y la experiencia de los siglos que el ajo es el preservativo más eficaz contra todo maleficio de las brujas, únicas y verdaderas autoras de cuantos daños pueden ocurrir a la familia vacuna. A pesar de este eficacísimo antídoto, el campesino es bastante práctico para dejar de asegurarse por partida doble, y ya en esto otro demuestra un gran sentido de previsión digno de imitarse, y que es otro aspecto de su carácter: pone su compra en una Sociedad de seguros. Pero ¡qué Sociedad! Yo me permito ofrecerla como ejemplo a las que consumen en administración las dos terceras partes de la renta, y... no cito a ninguna, porque quizá vaya la alusión demasiado clara. Esta Asociación de seguros sobre el ganado no tiene caja, ni depósito, ni regla-

mento, ni junta directiva, ni consejeros, y, sin embargo, los pagos se hacen religiosamente y son imposibles los fraudes. Cada año nombran unos cuantos repartidores, que, cuando se les notifica el pequeño siniestro, si los vecinos coasociados no alegan algún justo impedimento en contra, distribuye en parte proporcional la cuota que a cada cual corresponde satisfacer hasta completar el valor de lo perdido. Preside en primer término la buena fe, y aunque ésta faltara, quedarían siempre tantos fiscales como socios».

Poseo en copia las escrituras de constitución de este género de sociedad en cinco diferentes localidades de Galicia (Santa María de Paradela, San Pedro de Lantano, Caldas de Reyes, San Pedro de Cea, etc.), y merced a ellas me será fácil dar una idea bastante completa y detallada del seguro mutuo gallego. Me han sido facilitadas por D. Antonio Salgado, actual registrador de la Propiedad de Aranda de Duero.

Objeto de la Asociación: siniestros y pérdidas de que responde. — «Dicen que como labradores y propietarios de indeterminado número de reses vacunas para el cultivo de las tierras y otras faenas agrícolas, experimentan con frecuencia en aquéllas, daños de más o menos consideración, que desde hoy mismo se proponen reparar en cuanto les sea posible, constituyendo con tal objeto una Sociedad común, cooperativa de seguros mutuos de ganado vacuno, en la forma que sigue». «Dijeron que su laudable objeto es asegurar por medio de asociación los ganados vacunos que cada cual tenga y tener pueda, y los de los demás vecinos que deseen hacer lo mismo, tomando parte en la Sociedad objeto de esta escritura, por los inmensos beneficios que ha de reportarles, según se lo tiene demostrado una larga experiencia; y convencidos de esto y animados de la mejor buena fe, tan necesaria en toda clase de asociaciones, instalan la Sociedad ganadera en la forma y bajo las condiciones siguientes».

Tal es el objeto general de este contrato de seguro mutuo. Veamos ahora cuáles son en concreto los daños que hace suyos la Sociedad. «Sólo es objeto de esta Sociedad el socorro mutuo en las desgracias que suceden a los animales asegurados, procedan de una enfermedad natural, o de una desgracia por caso

imprevisto o fortuito». «El objeto de esta Asociación es asegurar el valor de los ganados vacunos que sean inscritos por sus dueños y desmerezcan por efecto de enfermedad, desgracia u otra causa análoga». El daño sufrido puede ser de tres clases: 1.° *Parcial:* «Siempre que alguna de las reses de la Sociedad llegase a desgraciarse por algún golpe que reciba o a perder un ojo, o asta, no se abonará por la Sociedad más que el desfalco que se le tase por dichas faltas». 2.° *Absoluto:* «Pero si llegase a morir en fuerza del golpe que desgraciadamente hubiese recibido, reconocida y tasada que sea por el presidente y fiscales de la Sociedad, será satisfecho su importe por todos los socios». 3.° *Abortos:* En este punto hay alguna variedad: «Caso que las vacas preñadas llegasen a malparir la cría viva, reconocida que sea, serán de abono los desfalcos de la misma, cuyo valor no podrá pasar nunca de 80 reales». «Tampoco responde de los abortos que experimenten las vacas, ni de las crias de éstas que no tengan de vida tres días cumplidos». «No se considera vaca parida aquella cuya cría no tenga cinco meses; a esta edad entra a formar con la vaca caudal social». «No abona la Sociedad las desgracias del mal parto, en cuanto al feto o cría, ni tampoco la dicha cría, tenga el tiempo que quiera, pues queda siempre para su dueño, y sólo se le abonará el capital de la vaca».

La Sociedad sólo acude a lo fortuito, a lo que es ajeno a la voluntad y superior a toda previsión humana. Por esto, las escrituras de constitución recomiendan a los asociados el mayor esmero en el cuidado de las reses aseguradas, pues si se desgracian por culpa, o negligencia suya, la Sociedad no responde del daño sufrido. «El socio, al comprar ganado que haya de figurar en esta Sociedad, procurará adquirirlo en estado de perfecta salud, según la creencia general, pues si hiciese lo contrario, será de su cuenta la pérdida de la res, caso de que muriese». «Es deber de los socios, dueños de los ganados asociados, cuidarlos y mantenerlos a uso de buen labrador, evitando el mal trato y el excesivo peso en el trabajo y acarreo. Los que infrinjan esta condición, a juicio de los fiscales, serán expulsados de la Sociedad». «Los dueños de los ganados asegurados cuidarán de éstos cuando sea dable, y tanto como antes de ser

Como en el Alto Aragón, también aquí se ponen límites a la distancia que es lícito recorrer con las reses aseguradas, y hasta se excluyen ciertas operaciones, declarándolas fuera de convenio. «Por lo que respecta a los ganados de acarreo, siempre que sus dueños carreteen fuera del pueblo y a una distancia menor de cuatro leguas, caso que alguna res se desgraciase por tal concepto, justificado el hecho, será de abono conforme a tasación; pero si acarrease fuera del radio de las cuatro leguas, no será de abono ningún siniestro». «No serán de abono las desgracias que ocurran en los ganados por virtud del acarreo o con motivo de éste, si el dueño los hace con frecuencia y por precio. No se comprende en esta disposición, y serán de abono las desgracias, en los casos siguientes: acarreo de gracia, vulgarmente llamado de ayuda a los vecinos; y acarreo por precio, no excediendo de dos veces al mes, cargando arreglado al ganado y trabajando a horas propias según la estación».

Inscripción del ganado en la Sociedad. — «Serán ganados comprendidos en la Sociedad los bueyes y vacas que cada socio tenga con destino a los trabajos y labores del campo, con el capital que se anotará en una lista que llevarán los fiscales de la Sociedad. Los capitales con que figure cada res en la lista, podrán sufrir alteración de año en año, según los precios en que se adquieran o compren. La entrada en la Sociedad tendrá el costo de cuatro reales por cada res asociada». Otra escritura dice: «Los socios que lo sean y los que quisieran serlo, presentarán a la Comisión inspectora una declaración del número y clase de los ganados que aseguren, firmada de su dueño o por dos vecinos a ruego suyo; esa declaración podrá renovarse siempre que el imponente quisiere aumentar o disminuir el capital inscrito, o mudar el número y clase de ganados, con tal que éstos se hallen sanos, pues si resultara lo contrario y se conociese que su propósito era defraudar a la Sociedad, ésta no responderá de los siniestros que ocurran; tampoco podrán alterarse o renovarse las declaraciones el mismo día que hubiese ocurrido un siniestro».

En otra escritura se establecen tipos de capitalización para las diferentes clases de reses inscribibles. «El objeto de esta Sociedad es el seguro mutuo entre los socios del ganado vacuno,

pagándose su pérdida a tenor del capital con que cada uno se inscriba, y constará al final de la presente escritura. Los capitales de inscripción son los siguientes: par de bueyes y novillos, 1 800, 1 600, 1 400, 1 200 y 600 reales; par de vacas y novillas, 1 800, 1 200, 600, 400, 300 y 200 reales. Por novillos y novillas se entiende desde medio año en adelante. Todo socio tiene obligación de comprar aproximadamente el ganado por el capital que hubiere inscrito; la aproximación se entiende de media onza en pareja; la mayor diferencia no se abona».

La inscripción hecha por un socio se halla sujeta a revisión: «La res inutilizada para el trabajo, a juicio de los fiscales, se pondrá en venta. Si el dueño se opone, se quedará con ella, pero se tasará de nuevo y el importe de su precio pericial será el capital con que en adelante figure en la Sociedad. No conformándose el dueño, será expulsado de la Sociedad».

Gobierno de la Sociedad. — Adopta muy varias formas. Unas veces consta de presidente, vicepresidente, fiscales y recaudadores: «Nombran en primer lugar por presidente de la Sociedad a F., y por suplente de aquél a N., y por fiscales de la misma a A., B., C., cuyos fiscales serán renovados anualmente, nombrando aquellos a los que les han de relevar, y así sucesivamente, los cuales tendrán la misma fuerza y facultades que los relevados; y por lo que respecta a los tres primeros nombrados, los dejan permanentes, para deshacer todas las dudas que ocurran en la localidad. Todos los socios tendrán la obligación de ser recaudadores del importe de las reses que mueran, cada uno por su orden, no siendo las mujeres». Otras veces se compone de una Comisión inspectora compuesta de cuatro individuos, en quienes residen todos los poderes de la Sociedad: «Los cuatro individuos de que se ha de componer la Comisión inspectora, por la que ha de estar representada la Sociedad, lo serán del seno de la misma, cuyo nombramiento se hará por sus miembros a pluralidad absoluta de votos, y en igual fecha del día de hoy todos los años; uno de los de la Comisión será a la vez recaudador de las cantidades que lleguen a repartirse, y a la vez depositario». Otras veces se compone de un mayordomo síndico por cada uno de los cotos o de las parroquias asociadas, además del presidente: «Se nombra-

rá a pluralidad de votos, entre los socios, tres de los mismos, uno por cada coto de esta parroquia de Paradela, que desempeñen los cargos de mayordomos síndicos, y otros tres suplentes. Los socios de la parroquia de Romay podrán nombrar de entre los mismos un síndico, lo mismo que, por su parte, los de la parroquia de Lantaño, dando parte al mayordomo del coto más inmediato a esta de Paradela. El cargo de mayordomo o síndico durará un año, nombrándose en principios de enero a pluralidad de votos. Los mayordomos salientes señalarán el día de la elección, bajo la aprobación y orden de la junta, avisando a todos los socios para su reunión. Para este año y el próximo, nombran por síndicos a F., M., Z., y por presidente a N.». Alguna vez, la representación de la Sociedad se confía a una junta directiva, compuesta de doce fiscales y dos depositarios: «La Junta de fiscales se compondrá de doce individuos y seis suplentes, nombrando desde luego como propietario a... y como suplentes a... Serán depositarios F. y N.».

Veamos ahora las facultades de estas juntas o comisiones. «Tendrán la facultad de representar a la Sociedad ante cualquier corporación, y además las siguientes: 1.ª, admitir las declaraciones del seguro, que archivará seguidamente y conservará en su poder el depositario. 2.ª, visitar y examinar los ganados enfermos... 3.ª, formar los repartimientos de siniestros y demás gastos perentorios...» «Serán obligaciones de los mayordomos: 1.ª Vigilar si los socios cumplen con las condiciones establecidas en la Sociedad. 2.ª Proveer de albéitar a la res que se halle enferma. 3.ª Llevar cuenta y razón del producto de la res que se muera, coste de sacarla y llevarla a la fábrica, para saber lo que queda líquido, y sobre ello acordar el dividendo. 4.ª Cuidar de la repartida de la carne útil y sana que en su caso pueda dar la res. 5.ª Hacer el dividendo de lo que a cada socio toque pagar para el dueño de la res muerta, y recolectar las cuotas individuales. 6.ª Proponer a la Junta general las modificaciones que se crean convenientes, visto el abuso que pueda hacerse de las bases aquí pactadas, o que en lo sucesivo se pacten. 7.ª Tomar preventivamente cuantas medidas crean convenientes con respecto a cualquier ganado enfermo de los asegurados en la Sociedad, dando seguidamente conocimiento al presidente para la determinación que proceda».

admitidos en el seguro, reservándolos en lo posible de todo peligro, ya en su alimentación, ya en el pastoreo, ya en el acarreo, ya en la medicación, cuando haya que darla por disposición facultativa, y si, lo que no es de esperar, se llegase a averiguar lo contrario, la Sociedad no responde del siniestro». «El daño objeto de la indemnización ha de ser inculpable al dueño de la res que lo sufra, pues si procediese de abandono o mal trato por parte del referido dueño, él será exclusivamente el responsable».

Algunos de estos estatutos crean, además, una especie de juzgado, con atribuciones de carácter judicial: «Esta Sociedad, para su mejor régimen y decisión en las cuestiones que puedan suscitarse en la ejecución de las bases de su constitución, faculta a su presidente y mayordomos síndicos, y a los tres fiscales nombrados (distintos de los mayordomos síndicos), para que, con el carácter de Juzgado especial, reunidos en sesión, acuerden el fallo que estimen justo, el cual se cumplirá efectivamente sin recurso a otro derecho ni reclamación, obligándose a estar y pasar por dicho fallo como si fuese dado por el Tribunal competente. Esta Junta o Juzgado se renovará anualmente del modo y forma que los mayordomos síndicos».

Enfermedad de reses aseguradas. — «Siempre que enfermase alguna res, será obligación del socio a quien pertenezca buscar inmediatamente albéitar y administrar puntualmente los medicamentos que le disponga, asistiéndola y cuidándola con el mayor esmero. Si no hallase albéitar, o éste le manifestase que la enfermedad es de peligro, será de su obligación ponerlo en conocimiento de los mayordomos, síndicos o fiscales; el socio que no cumpliese con estos dos requisitos, si muriese la res, es por su cuenta. Si los mayordomos o fiscales nombrasen un albéitar para asistir la res, por no haberlos hallado el dueño de ella, su salario será por cuenta del mismo dueño. Mas si dichos síndicos acordasen enviar otro albéitar a ver y reconocer la res como por consulta, es de cuenta de la Sociedad pagar el salario que devengue». «Los gastos que ocasionare la curación son de cuenta del dueño de la res enferma. Los reconocimientos se practicarán por los fiscales acompañados del profesor albéitar y de otros cuatro compañeros, siendo posible su concurrencia y asistencia».

«Si cumpliendo con la precedente condición, la enfermedad de los animales asegurados se dilatase veinte días y su dueño no pudiese aprovecharse del beneficio de su trabajo, la Comisión inspectora dispondrá, bien vender el animal, habiendo quien lo compre, o degollarlo, aprovechando lo que dé a menos pagar...»

Muerte de reses aseguradas. Tasación. Aprovechamientos. — «Declarada la res incurable, o quedando la misma inutilizada para el trabajo, se abonará su valor de tasa al dueño de ella». «Muriendo la res, se abonará al dueño el valor que tenga de capital anotado en la lista, por cuenta de los socios, a prorrata proporcional de sus haberes, dentro de ocho o quince días precisamente...». «Para apreciar el daño que haya de abonarse, el dueño de la res que lo experimente lo pondrá seguidamente en conocimiento de cualquiera de los fiscales de la Sociedad, éste recurrirá acto continuo a los demás, y por mayoría de votos fijarán el valor de la res enferma o dañada, como si tal daño no tuviese...»

Del valor con que figure inscrita en la Sociedad una res, o del que se le asigne en tasación, hay que deducir el producto en venta de la piel, y en su caso el de la carne. «Si llegase a morir alguna res, será tasada inmediatamente por los tales fiscales, tomando en descuento la piel a menos repartir...». «La Junta de fiscales puede utilizar la misma res o sus restos, siempre que esto sea permitido por las leyes sanitarias, para cuenta del mismo valor, y distribuyendo el que faltare para completarlo entre todos los socios». «Cualquier res que hallándose en estado de buena salud recibiese un golpe que la inutilizase completamente, pero quedando su carne útil y sana, se venderá para los puestos públicos sin pérdida de tiempo, destinándose su importe para capital de la misma a menos repartir, y si no tuviese venta en los puestos públicos, se repartirá entre los socios en proporción del capital con que se hallen suscritos, y en este caso, el sebo y la piel se venderán a menos repartir». «Si la res inutilizada, o muerta, reúne condiciones para beneficiarse al público, se pondrá a venta en el macelo, sin que eso excluya la facultad de tantearse por el dueño, o por cualquier socio, por su orden para adjudicársela en el estipendio que se ofrezca

por una persona extraña con toda preferencia. A falta de comprador, siendo la carne de recibo, se repartirá entre los socios, según su representación. El producto de la carne beneficiada y el de la piel de la res muerta se aplicará a fondos de la Sociedad, y se tomará a cuenta a menos repartir de la cantidad que deba indemnizarse...»

Así fijado el saldo, o cantidad líquida que ha de desembolsar la Sociedad, se procede a derramarla, o repartirla entre los asociados.

Repartimiento y cobro. Pena a los morosos. — «Será la base de este repartimiento el valor del ganado de cada socio, el día en que ocurrió el siniestro objeto de la indemnización, considerándose existente para este objeto el ganado que el socio hubiese vendido, en cualquiera de las ferias, o fuera de ellas, durante los ocho días anteriores inmediatos al del referido siniestro; y después fijado de esta suerte el capital de cada socio. se hará la derrama o repartimiento del importe del daño, y de la asistencia o curación de la res, según el tanto por ciento con que salga gravado el capital total imponible». «Esta contribución obliga a todos los socios, tengan o no tengan ganado al tiempo de la muerte de la res. No se relevan del pago los socios que tengan pendiente la pretensión de separarse de la sociedad, si estuviere también pendiente la enfermedad de la res, a no ser que con anticipación obtengan la separación, y contribuyan con un escudo, o sea, 10 reales».

«La tasación de los animales que la precisen, cuando hayan de ser abonados, se hará por los cuatro individuos de la Comisión inspectora, por la que tendrán todos los socios que pasar, y su pago se hará a los dueños del siniestro, a los ocho días de hecha la tasación, a cuyo efecto tendrán aquellos, previo aviso, que concurrir a satisfacer, a casa del depositario recaudador, la cantidad que les cupiere, al tercer día del aviso y antes de los ocho enumerados». «Se hará la derrama o repartimiento..., pasándose seguidamente a cada socio una papeleta de la cuota que le hubiere correspondido, a fin de que enterado de ella, la entregue a los depositarios dentro de ocho días». «Será obligación de los mayordomos síndicos hacer el dividendo de lo que toque a cada socio pagar, recolectando en su

casa las cuotas individuales de sus respectivos cotos, entregando lo que hubiese recogido al mayordomo del coto a que pertenezca el dueño de la res muerta, para que hecho cargo de todo, satisfaga al mismo su importe, recogiendo recibo para seguridad de la sociedad». «A los diez días, contados desde la muerte de la res, el dueño de ésta ha de estar reintegrado de su valor inscrito».

«Pasado el término de la recaudación, pasará el depositario la lista de los morosos a la Junta de fiscales para que realice los descubiertos, acudiendo para ello, si necesario lo conceptúan, a la autoridad judicial, hasta conseguirlo, con las costas e indemnización de gastos, daños y perjuicios». «El que no satisficiese oportunamente su cuota, abonará al dueño de la res muerta cuatro reales por cada día de feria que pierda; la segunda vez que incurra en esta falta, ocho por feria, y la tercera, doce reales, también por feria, sin perjuicio de ser excluido de la sociedad si los síndicos lo propusieren». «Si alguno de los socios se opusiere al pago, se le hará efectiva su cuota por cuenta de sus bienes, pagando, además, la multa de diez reales por la primera vez y veinte por la segunda, pudiendo ser expulsado de la Sociedad después de hecho el pago de la cuota que le hubiesen señalado y la indicada multa».

Auxilio de jornales. Otros gastos de la sociedad. — Hemos visto que en Aragón, cuando la res muerta o inutilizada forma parte de una yunta, se auxilia al dueño con un jornal de arar por cada uno de los asociados, además de abonarle el valor de la carne, considerada en todo caso, para el pago, como sana y aprovechable. Ignoro si es esto costumbre general en Galicia: entre las dichas escrituras de constitución, sólo una establece esa obligación. «Entretanto, la Sociedad auxiliará a su dueño en los trabajos que tenga precisión de hacer, según la clase del animal que fuere, hasta que se le provea de otro».

Además de éste, son cargo de la Sociedad los gastos siguientes: 1.° Albéitar en caso extraordinario: «No son de abono los gastos de albéitar y medicina para curación de la res». «Siempre que hubiese que buscar otro albéitar para las reses que enfermen, además del que ya tiene la Sociedad por arrendamiento, habrá que pagarle por cuenta de la misma». 2.° De-

suello de la res: «También abonará la Sociedad diez reales por la saca de la piel de la res que muera...» 3.° Formación del repartimiento y avisos: «Los gastos que cause el reparto, el aviso y la saca de la piel a los animales que haya necesidad de hacerlo, serán repartibles como los del siniestro». «También abonará la Sociedad diez reales por la hechura del repartimiento». 4.° Gratificación a San Antonio por la protección dispensada a los animales asegurados. Una de las escrituras contiene la prescripción siguiente, que, si es general y se cumple, ha de doblar el coste del seguro: «Como limosna a San Antonio, consignan anualmente, para darle una misa, la cantidad de cinco reales por cada cabeza de ganado asegurado, que entregarán todos y cada uno de los socios cuando la Comisión lo disponga, ingresándolos en poder del depositario a los cuatro dias que reciban aviso para ello; y el que a esto se oponga, será expulsado de la Sociedad».

Duración de la responsabilidad de cada socio: altas y bajas. — Una vez constituida y en funciones la Sociedad, pueden ingresar en ella nuevos socios en cualquier tiempo, pero no es lícito darse de baja sino en épocas determinadas y con arreglo a ciertas condiciones estipuladas.

«Se admitirán en la Sociedad, pagando el haber de entrada, a juicio de los socios, o de los fiscales, todos aquellos que quieran asociarse, y en tal caso, serán anotados con su capital en la lista que aquéllos deben llevar». «Tanto dicho presidente como los fiscales electos podrán admitir a todas las personas que quieran entrar en dicha Sociedad, quedando sujetas al cumplimiento de esta escritura y todos sus efectos, así como la salida de algún socio, todo lo cual tendrá cumplido efecto por ante dos testigos, firmando el socio entrante o saliente la nota o razón que de ello se ponga, si supiese hacerlo, y si no, un testigo a su ruego, quedando el saliente sujeto siempre a las resultas que hubiese, por término de veinte días».

Ese término, que llamaríamos de ampliación de responsabilidad para los salientes, es bastante mayor en algunas localidades. «La sociedad es obligatoria en los términos convenidos por todo el corriente año y próximo venidero del 78, sin que en este período pueda hacerse renovación alguna de exclusión,

rebaja ni *suba* de capitales; sin embargo, en el mes de enero o febrero siguiente se harán las variaciones totales o parciales que quieran los socios respecto a su exclusión, aumento o rebaja del capital inscrito. Para que tenga efecto, se ha de presentar papeleta en todo el mes de diciembre, firmada por el socio o por un testigo a su ruego, manifestando su voluntad. La variación que se haga constará en acta firmada por la Junta directiva. El socio que no entregue papeleta en todo el mes de diciembre, proponiendo la variación que quiera, se entiende obligado por otro año más en las mismas condiciones que el anterior. Si en dicho mes de diciembre, al pedir un socio la exclusión o modificación de su capital inscrito, se hallase enferma o enfermase una res, y de tal enfermedad muriese dentro del mismo mes o en los dos siguientes de enero y febrero, aun cuando haya obtenido su exclusión o modificación, pagará, sin embargo, lo que como tal socio le corresponda por el capital con que figuraba en el año anterior». «Serán igualmente baja en la sociedad todos aquellos socios que soliciten la separación, cubriendo su responsabilidad, al fin del año».

Alguna vez, sin embargo, son libres los socios de separarse de la sociedad en cualquier tiempo, sin ulteriores responsabilidades. «La duración de la Compañía es por todo el tiempo que a cada socio le acomode; pero una vez acaecido el siniestro, no puede separarse de ella hasta tanto que satisfaga su parte».

Notas

71 Entre los indígenas de Argelia se encuentra esta misma costumbre. Así, las Ordenanzas locales del pueblo de Thaslent, en la Kabylia, disponen lo siguiente: «Aquel a quien se le muere un buey, una vaca, o una oveja, tiene derecho a obligar a la aljama (concejo) a que compre la carne, a título de auxilio, o socorro. Así lo prescribe la costumbre» (art. 39). Appud *Essai de Grammaire kabyle*. Paris, 1858. El autor añade: «El jefe es quien fija la cantidad de carne que cada uno debe comprar.»

El Sr. Unamuno ha encontrado este género de asociación en la provincia de Salamanca, en una forma muy semejante a la del Alto Aragón. «En la Armuña y parte del distrito de Ledesma (dice) se ve este contrato con el nombre de *obligación:* lo lleva el secretario archivado en el ayuntamiento. Nombran anualmente los *herbajeros*, mayordomos, comisión

ejecutiva en cuanto respecta a pastos y tasadores de las reses. El modo de indemnizar es el mismo señalado por el Sr. Costa en el Alto Aragón, justipreciada la res «a ley de carne», quedando para el dueño de la pérdida la piel y el *hueco*. Para ingresar en la *obligación*, suele bastar manifestar de palabra su adhesión. En los casos de culpa, la sociedad se encarga de hacer efectiva la responsabilidad civil que proceda.» En la *Revista crítica de Historia y Literatura españolas*, núm. 3 (de la primera época). Madrid, mayo de 1895, pág. 91.

18. *Capítulo* Ejercicio mancomunado de la ganadería

Esta costumbre debe hallarse generalizada en toda la Península, y sería muy conveniente fijar sus condiciones más usuales en todas las comarcas donde se practique, por la misma razón que hace decir al Sr. Pedregal, en un importante trabajo sobre costumbres jurídicas de Asturias, que «no tan sólo para la historia del derecho, si que también en interés de la legislación o de las reformas que en ella se introduzcan, importa en alto grado conocer los vestigios que subsisten de propiedad colectiva en nuestro suelo».

Por virtud de esta costumbre, los labradores de una población, o un cierto número de ellos, ponen en común los pastos que poseen, reúnen sus diversos hatos en un solo rebaño, y confían éste a la custodia de un solo pastor, pagado y mantenido entre todos en proporción al número de reses o cabezas que posee cada uno.

El pormenor y las condiciones de esta institución consuetudinaria, son en el Alto Aragón las siguientes:

Razón de la costumbre. — Es doble: 1.ª Para los labradores en pequeño, cuyas tierras producen pastos únicamente para 6, 8 o 20 reses lanares, la ganadería constituye un ideal inasequible, porque, aun suponiendo (caso raro) que aquellas tierras formen un todo continuo, el hato, por pequeño que sea, requiere el cuidado de una persona todo el día, y este solo gasto absorbería todas las ganancias de la granjería pecuaria, y tal vez las excedería considerablemente. El conflicto se resuelve por medio de la asociación, en la forma que nuestra costumbre la tiene organizada. 2.ª Para los labradores en grande, cuyas tierras no forman coto, o cotos suficientemente extensos, sino que se hallan divididas en parcelas y desparramadas por un término municipal (que es lo ordinario), aunque en su conjunto basten a sostener un rebaño considerable y a ocupar uno o más pastores, como no podría pasar de unas a otras, ni aun perma-

necer en cada una de ellas, sin que todo él o una parte invadiese las tierras ajenas interpoladas o colindantes, la ganadería sería un semillero de rencillas, pleitos y gastos extraordinarios que acabarían por imposibilitar de todo en todo su ejercicio o hacerlo ruinoso. Nuevo conflicto que obliga al hacendado pudiente, lo mismo que al pegujalero, a someterse a la asociación consuetudinaria de que ahora tratamos.

Uno de los ideales que con más pasión persigue la economía rural es la armonía, y aun la fusión, entre la ganadería y la labranza; una de las aspiraciones más acariciadas por la economía social es el ejercicio económico del pequeño cultivo y su fusión con la pequeña propiedad. El medio de hacer prácticos en su límite ambos ideales, lo suministra esta costumbre. No necesita otra recomendación ni más apología.

Proporción entre los pastos que aporta cada asociado y las reses que se le admiten. — El rebaño concejil, formado por la suma de los hatos aportados por todos los asociados, recorre las tierras de éstos sin distinción (salvo aquellas en cuyos cultivos puede causar daño): montes, yermos, sotos, barbechos, rastrojeras, etc. De aquí que cada cual procure concurrir a él con el mayor número de cabezas posible.

Hasta hace poco, los labradores podían llevar al rebaño cuantas cabezas quisieran, fuesen pocas o muchas las tierras que poseyesen; abundaban las dehesas, montes o yermos comunales, y aun los de particulares; escaseaba el capital numerario y semoviente y, por lo tanto, se hacía poco aprecio de los pastos. Este estado de cosas ha cambiado bastante; la mayor parte de los yermos se han puesto en cultivo, principalmente plantándolos de viña; con la exportación de caldos y el desarrollo general de la riqueza agrícola, ha aumentado el capital flotante, y hay más remedios para comprar ganado; el que no gusta de la industria pecuaria y posee pastos, encuentra más fácilmente quien se los tome en arrendamiento. De aquí el que principie a introducirse en este género de asociación, como elemento nuevo, una cierta proporcionalidad, graduada «grosso modo», entre la superficie de pastos que cada labrador aporta a la sociedad y el número de cabezas que se le admiten en ella.

En circunstancias excepcionales, cuando hace tiempo muy crudo o escasean los pastos, los asociados suelen separar temporalmente del rebaño las ovejas que les pertenecen (ordinariamente no todas, sino aquellas que por hallarse llenas, o estar de cría, o muy atrasadas o débiles, requieren más cuidados), a fin de mantenerlas en casa o llevarlas a una de sus fincas donde abunda más o escasea menos la hierba que en la generalidad del término, o a los campos que tiene en cultivo, incluso, a veces, los de trigo en la primavera. En todo caso, es éste un accidente sin importancia, que no altera en nada las condiciones y responsabilidades de la asociación.

Acerca de la naturaleza del ganado, unas veces convienen los asociados en no admitir sino reses lanares, proscribiendo el cabrío en absoluto; otras veces, admiten uno y otro en el rebaño. No es difícil adivinar la diversidad de circunstancias a que obedece esta diversidad de conducta.

Pastor, rabadán: su manutención y salario. — Los pueblos que llevan su ganado a los puertos («a la montaña, o a la cabañera») durante el verano, no toman pastor para todo el año, sino únicamente para ocho y medio o nueve meses, generalmente, desde San Miguel (29 septiembre) o San Mateo, hasta San Medardo (8 junio). El resto del año, ejerce otro oficio o se va a la siega. Es frecuente el caso de jóvenes que poseen alguna tierra, pero que no les basta para vivir, ni quieren venderla; la dejan sembrada en septiembre; se asalarían como pastores para cuidar el rebaño de un pueblo distinto del suyo, durante el invierno y la primavera; y para San Medardo, extinguido su compromiso, retornan a su casa para recoger su cosecha y preparar la nueva sementera. O bien, son cabaleros[72] que se dedican a ese oficio, para acrecentar su *cabal,* en los meses en que la labranza precisa pocos brazos, y que durante el verano vuelven a la casa paterna a ayudar a sus padres o al hermano heredero en las penosas faenas de la recolección y siembra, a cambio de que le cuiden el cabal que posea en mulas u ovejas, o para no perder el derecho a legítima.

He visto contratar pastor para un pueblo que reúne 142 reses lanares: salario anual, además de la manutención, 28 duros, pero siendo cuenta suya pagar el del rabadán o auxiliar

(un muchacho), que él mismo contrata a su elección. Este salario se paga por todos los asociados, en proporción al número de cabezas que tienen en el rebaño. La asociación, para este efecto, obliga doce meses, desde San Miguel de cada año a igual día del siguiente; de modo que aun cuando por cualquier causa disminuya en el curso del año el número de cabezas que poseía un labrador el día 29 de septiembre, no se le rebaja por eso la parte alícuota del salario del pastor a que venía obligado desde aquel día. Con la manutención, es diferente.

Mantienen al pastor y al rabadán los propietarios o ganaderos por turno, dándoles cena caliente en sus casas por la noche, y preparándoles la alforja para el monte, un número de días proporcional al de reses que cada uno tiene en el rebaño común. A este efecto, se establece un turno o ciclo, que abraza uno, dos, tres o más meses: partiendo el número total de reses que forman dicho rebaño por los 30, 60, 90, etc., días que componen el turno o vuelta, se obtienen el número de reses a que corresponde un día de manutención del pastor y su auxiliar, y, por tanto, el número de días que cada asociado está obligado a mantener al pastor dentro de cada turno: un día por cada dos ovejas, o por cada tres, cuatro, seis o diez. Sea el rebaño de 180 cabezas y el turno trimestral: corresponde un día por cada dos cabezas; el labrador que tenga en el rebaño del concejo 14 reses, habrá de mantener al pastor siete días cada tres meses; si en vez de 14 son 15, le mantendrá siete días en el primer trimestre, ocho en el segundo, y así sucesivamente, alternando las cifras 7 y 8, siempre que el número de reses permanezca igual.

Hácense los turnos mensuales, y no anuales: primero, porque el pastor no necesita al rabadán toda la temporada, sino un cierto número de meses tan sólo; y si el turno fuese anual, a unos asociados les tocaría mantener dos personas y a otros sólo una; segundo, porque los hatos que componen el rebaño sufren altas y bajas durante el año, sea que a algún asociado se le muera una o más reses de desgracia, o que las venda, o las mate, o las acreciente por compra, o de otro modo; y a cada cambio de éstos corresponde otro análogo en el turno del pastor.

No se cuida la asociación de que este turno venga ajustado al año, ni por causa de esas mismas mudanzas sería posible. Se toma nota de la casa donde comió y se alojó el pastor el último día de la temporada (8 de junio), a fin de que principe comiento en la inmediata cuando el ganado vuelva de los puertos, o en la misma si no agotó el número de días que le correspondían. Del cuaderno de la asociación del pueblo de Benavente trascribo, con su propia ortografía, la nota siguiente: «El pastor aestado en casa Pascual 7 días y falta que estar para el año que biene 4 días». La correspondiente a este año dice: «El pastor arematado en casa de Baldellou y a de entrar en casa de Ferrer».

Abonos: estabulación y redeo. — Por lo que respecta al redeo, algunas veces se lo reserva el pastor como un gaje o arbitrio[73]; pero, por regla general, los labradores dan al aprovechamiento de los estiércoles una gran importancia, considerándolo como una de las principales utilidades que se obtienen del ganado; hay labradores no asociados que ceden sus pastos a la asociación, a cambio de que le redeen una cierta extensión cada año.

Donde los montes son comunes, todos los asociados tienen derecho a igual cantidad de abono, o sea, a igual número de noches de corral o redeo de todo el rebaño, aunque sea desigual el número de cabezas con que concurren a formarlo. Pero donde las tierras son dominio privado de los asociados, cada uno de éstos tiene opción a una parte de abono proporcional al número de cabezas que posee en el rebaño.

Dos sistemas se siguen en esto:

1.° El ganado sigue al pastor, corriendo para él los mismos turnos que para éste; en la casa donde el pastor cena, estabula el rebaño entero de la comunidad.

2.° El ganado sigue a los ganaderos, disolviéndose el rebaño al regreso de la majada, y llevándose cada asociado a su casa, todas las noches, las reses de su propiedad exclusivamente, o mejor dicho, yéndose ellas por sí solas a las casas de sus respectivos dueños sin que nadie las separe ni guíe; que a esto se acostumbran con gran facilidad en muy pocos días.

El resultado, en conclusión, viene a ser igual, naciendo principalmente la diferencia de que, en el primer caso, cada labrador tiene corrales o cobertizos suficientemente amplios para encerrar el ganado de todos los asociados, y en el segundo no. No dejaré de indicar, sin embargo, una ventaja que el segundo sistema lleva al primero en caso de mal tiempo, o cuando los pastos son muy escasos; y es que, teniendo cada labrador sus ovejas separadas de las demás, puede darles por la noche un pienso de heno, salvado, granos, hojas, raíces, orujo u otro alimento suplementario del pasto de día.

Por demás está añadir que caben y se practican sistemas mixtos, acomodados a las circunstancias de cada localidad y de cada casa.

Trashumación durante el verano. — En el lugar antes citado de este volumen dejo explicado el contrato consuetudinario denominado *conlloc* (pupilaje de animales), con aplicación al ganado mular, boyal y de cerda[74]. A igual régimen someten el ganado lanar los ganaderos de las zonas baja y media del Alto Aragón. Hay ayuntamientos en los valles y puertos elevados del Pirineo, que poseen montes, estivas, pardinas, etc., capaces para sostener en los meses de verano 500, 1 000, 2 000, hasta 5 000 cabezas lanares; y a fin de aprovechar esa riqueza, se dedican a aquella industria pecuaria, o mejor dicho, auxiliar de la pecuaria, como arbitrio municipal, encargando de su gestión a uno de los síndicos. Otro tanto hacen, en su caso, los particulares que poseen esos montes, cuando han sido objeto de desamortización y entrado en el dominio privado.

El ayuntamiento o el propietario que se propone recibir ganados a pupilaje, contrata el número de pastores y compra o alquila el número de perros que necesita para los distintos rebaños que han de confiársele y formar su cabaña. Supongamos el pueblo de Benavente. Llevó este año su ganado a los montes de Ballabriga. El cuaderno de la asociación contiene el siguiente sucinto memorándum: «Lista del ganado que va a la montaña de Ballabriga el año 1884: Frontons, 29; Costa, 8; Garcés, 11; Lluis, 5; Labat, 5; Ferrer, 14; Vicén, 12; Baldellou, 14; Pascual, 20; Bellín, 11; El Roso, 4; Espuña, 6; Manuela, 2; Mardanos, 2»[75].

La asociación no tiene que hacer más sino conducir su ganado al puerto o estiva, alrededor del día de San Medardo; hacer entrega de él al empresario, pupilero o conllocante; y volver a fines de septiembre, o principios de octubre a recogerlo. Dicho empresario (ayuntamiento o particular) lo pone todo, hierbas, pastor y sal; ordinariamente también los perros (propios o alquilados); a veces, hasta moruecos para cubrir las ovejas. Cuesta esto tres o cuatro reales por cabeza en todo el verano. Durante la temporada se han perdido algunas cabezas, o despeñadas, o arrastradas por los torrentes, o comidas por los lobos, etc.; por estos siniestros no alcanza responsabilidad alguna el empresario; si presenta la piel, hay que pagarle los tres o cuatro reales de la pensión, como si la desgracia no hubiese ocurrido; en el caso contrario, se está relevado de pagarle pensión alguna por cabeza o cabezas fallecidas. En todo caso, como las reses llevan estampada en el vellón la marca de sus respectivos dueños, se sabe siempre sobre cuál de ellos ha recaído el daño.

Para llevar el ganado «a la montaña», como para volverlo al pueblo, nombran los asociados, en junta general, uno o dos comisionados, que son al propio tiempo recaudadores, depositarios y pagadores. Se les abona un jornal de 8 o 10 reales diarios mientras dura el servicio; lo cual, tomando como tipo el pueblo de Benavente (142 cabezas lanares) y la montaña de Ballabriga (una o dos jornadas), viene a recargar cada res con una cuota de 5 a 12 céntimos de peseta. De regreso el ganado, la junta general oye las explicaciones de los comisionados y les toma cuenta del número de reses que traen, de cuántas y cuáles se han desgraciado, de la cantidad que han satisfecho, etc.

Perros. — Respecto de su manutención, acompañan siempre al pastor y siguen sus mismos turnos. Tocante a su procedencia, unas veces son propiedad de la asociación; otras, pertenecen a uno de los asociados, quien los presta a aquélla temporalmente; otras, por último, los toma en alquiler para la temporada de verano, en que el ganado está en la montaña. El coste, en tal caso, varía: si el perro vuelve sano, de dos a cuatro duros por cada uno; de ocho a veinte, si ha muerto.

Mardanos. — Se agrega al rebaño un mardano o morueco por cada 30 o 40 ovejas. Unas veces los compra la asociación y son propiedad colectiva. Otras veces, pertenecen a uno de los asociados, que los presta a la asociación; a cambio de este servicio, el morueco está exento de toda clase de cargas, no entrando en el cómputo para el pago del salario y manutención de pastor, conducción a la montaña, pensión o pupilaje de verano, alquiler de perro, multas, etc.

En la provincia de Burgos he oído como frase proverbial, ésta: «libre como verraco de Concejo», porque allí existe la misma costumbre con respecto al ganado de cerda. En Asturias han ido más lejos con respecto al ganado vacuno; se escoge entre los novillos de todos los asociados los más precoces y mejor conformados, para que sirvan de añojos o toros padres en el ganado del Concejo, y una vez anunciada la elección al dueño de ellos, le está prohibido venderlos o sacarlos del lugar.

Multas. — Si el ganado entra en huertas, olivares, viñas o mieses, en ocasión en que puede causar daño, hay que indemnizar al dueño o pagar una multa. A esa indemnización no responden nunca individualmente el dueño, o dueños de las ovejas causantes del mal, aunque se sepa cuáles fueron y a quién pertenecen. Unas veces, es cuenta de la asociación exclusivamente; otras, de la asociación y del pastor. Cuando sucede que una o dos ovejas se corren a un plantío o sembrado, en sitio donde era difícil impedirlo, la asociación es quien resarce el daño o paga la pena que corresponda; pero si entra el rebaño entero, o una gran parte de él porque el pastor se ha dormido, o por cualquier otra causa que le sea imputable, el pastor responde a la mitad del daño, quedando a cargo de la asociación la otra mitad. A este efecto, al contratarse aquel (contrato verbal y de buena fe), tiene buen cuidado de estipular «las *acusas* a medias»; pues de lo contrario, le corresponderían por entero.

Gobierno de la asociación. — Ordinariamente, el socio que figura con mayor número de cabezas, lleva nota de las altas y bajas que experimenta cada uno de los hatos individuales, y de la casa donde concluyó su hospedaje el pastor al marchar el rebaño a la montaña, y donde debe principiar al inaugurarse el nuevo año ganadero en octubre siguiente; convoca a la junta

general para que nombre pastor y acuerde el salario que ha de señalársele, designe los comisionados que han de llevar el ganado a los puertos y les tome cuentas al regreso, etc.; y por último, conserva en su poder los picos o fracciones de dinero que quedan de lo recaudado después de cada pago hecho, o al final del ejercicio. Del cuaderno ya citado antes transcribo estas dos notas, correspondientes a los dos últimos años: «El pastor aestado en casa Pascual 7 días y falta que estar para el año que biene 4 días; y sobra 3 reales y medio, y se los queda Frontons». «Había 6 pesetas menos dos perras (monedas de 10 céntimos), y los gastos de llevar el ganado a la montaña son 9 pesetas y 2 reales de las perras».

Notas

72 Vid. arriba, cap. V.

73 Vid. arriba, cap. XIII.

74 Vimos allí que una de las formas del conlloc, denominada a media ganancia, se confunde con la aparcería pecuaria o arrendamiento de ganado. Ahora puedo añadir que esta costumbre es antiquísima en España. En un códice de la catedral compostelana, titulado «Concordias con esta ciudad, privilegios y constituciones» (siglo XIII), se contiene un documento de la época visigótica, el cual menciona la iglesia de «Santa María de Vilariño *quam fecit Romanus cum suis gasalianis*». Du-Cange, en su Glosario, considera el vocablo *gasalia* como propio de Languedoc, y lo define pacto de tener o criar animales recibiendo el dueño la mitad del producto y quedándose el tenedor o criador con la otra mitad. Es lícito, pues, inducir que ya en e siglo VI se practicaba en Galicia esa forma de contrato u otra semejante. F. Fita, *Monumentos antiguos de la Iglesia Compostelana*, Madrid, 1883.

75 Esta nomenclatura no expresa en todo caso apellidos de personas, sino nombres de casas. Como estos últimos nombres permanecen, al paso que las familias se extinguen a veces y renuevan, unas veces coincide el de la casa con el de su dueño, pero otras no; en este último caso, cada persona lleva dos nombres: uno, el de la casa, que es el usual, el popular, el de la costumbre; otro, el patronímico, el de la sangre, el del padrón y del amillaramiento, el de los actos administrativos y oficiales. En la conjunción de entrambos, el primero oscurece y eclipsa al segundo, lo mismo que sucede con los «alias». Todos saben en el país quién es Pepe *de Frontons* (nombre éste de la casa), y no todos saben quién es don José *Montanuy* (apellido éste del dueño de esa misma casa).

La última palabra, *mardanos*, no denota una casa, sino los moruecos o padres que van en el rebaño para servicio común.

19. Capítulo Suertes de Boalar (huertos comunales)

Sobre esta importantísima institución municipal de Jaca practiqué en agosto último (1898) una información, en que me prestaron obsequisamente su concurso desde el alcalde de la ciudad y el secretario hasta los cabeceros, el registrador de la propiedad, diversos particulares, y aun algunos forasteros especialmente competentes (el ingeniero agrónomo de Huesca don León Laguna, etc.), según expondré en una monografía detallada, de la cual la presente nota no es más que un avance.

En 1783, por iniciativa de la Sociedad Económica de Amigos del País de Jaca, los patronos de la memoria pía llamada de Caridades (fundada por doña María Castillo en el siglo XVII), cedieron a la ciudad, en usufructo perpetuo, la parte baja del monte Boalar, situada a orillas del río Aragón, con objeto de que se diese en usufructo vitalicio, dividida en suertes, al vecindario, para el establecimiento de prados naturales y artificiales, que permitieran desarrollar la cria de ganados, dejando de tributar a Francia con grandes sumas de dinero por concepto de importación de vacas, mulas y caballos y promover por ese medio indirecto la prosperidad de la agricultura.

Posteriormente, en una fecha que no consta, la pradería convirtióse en huerta; y así se ha llegado al régimen actual.

El trozo de terreno llamado «Suertes del Boalar» figura en el catastro de 1863 con una cabida de 164 fanegas de huerta y 73 de tierra de secano, que es decir, próximamente, unas 17 hectáreas.

Las suertes son *176*, para otras tantas familias. De ellas, 52 se componen sólo de regadío; 13 sólo de secano; las demás participan de secano y de regadío. Su extensión media es de 14 a 15 almudes (unas 8 áreas). La tierra de secano es fresca, y además de cereales produce patatas, guijas o muelas, garbanzos y guisantes enanos. La producción en la superficie regada de cada suerte biene a ser, término medio anual, 25 arrobas de

patatas, 25 almudes de judías y 5 fanegas de maíz; estercolando bien, obtienen algunos, además, un corte de veza o 3 cahíces de cebada, en cuyo caso las judías se siembran sobre el rastrojo. El cultivo de cereales está prohibido, pero no se usa de rigor. Trabajo invertido en cada suerte: unos 25 jornales al año.

Para tener derecho a suerte, según la práctica actual, que continúa los estatutos antiguos de la pradería, se requieren estas dos condiciones: ser natural de la ciudad, o viuda de un natural, o forastero casado con hija de Jaca; y además, pertenecer a la clase más necesitada, no pagando contribución directa por ningún concepto. Las viudas tienen derecho a suerte en los mismos casos que los varones. El disfrute es vitalicio. Las vacantes de suertes se producen: 1.°, por muerte del porcionista y de su viuda; 2.°, por renuncia, sea expresa, sea tácita, cesando un año en el cultivo de la suerte (esto sucede rara vez, y casi exclusivamente respecto de aquellas suertes de secano muy depauperadas, que no remuneran el trabajo invertido en ellas); 3.°, por haber mejorado de fortuna el porcionista, haber adquirido tierra, etc.; 4.°, por retrasarse en el pago del arbitrio o renta que devenga cada suerte (2 o 5 pesetas anuales; hasta 1842 se pagó en especie, media fanega de trigo), pero en esto se guarda mucha tolerancia. Las suertes vacantes cada año se sortean entre los pretendientes, en sesión pública del ayuntamiento.

Para el gobierno inmediato de las suertes, nombra ésta cada año, de entre los mismos porcionistas o usufructuarios, seis *cabeceros,* quienes cuidan de la policía de las acequias y de las defensas contra el río y los barrancos; dirigen las obras hechas, que son cargo personal de los porcionistas mismos, llevando el orden de los turnos; avisan y apremian a los morosos en el pago de la cuota o renta; informan a la Comisión del ayuntamiento sobre si debe retirarse a alguno la suerte, por haber venido a mejor fortuna, sobre si se ha de permitir a uno que cultiva una suerte mala el que la permute por otra mejor que ha quedado vacante, etc.

Resultado de este régimen de propiedad colectiva, no obstante obrar en tan reducido límite: *en Jaca no se conoce la*

mendicidad. Algunos piden limosna, pero son forasteros. La taberna no es, como en otras partes, una institución floreciente, porque las suertes absorben el tiempo que les queda libre a los jornaleros, incluso, desgraciadamente, muchos de los domingos. De ellas me decían: «son el pan del pobre». Perteneciendo, como pertenece, el dominio a la colectividad, siendo el usufructo de por vida, y aun habiendo de pasar a la viuda o a los hijos, se consideran dueños de la suerte que cultivan, hacen mejoras en ellas, no se tienen por pobres de solemnidad. Poseen un borrico, que les brinda el arbitrio de vender alguna carga de leña y, al par del cerdo, suministra el estiércol necesario a los cultivos de la suerte. En ella capitalizan el trabajo de los días de paro y los festivos, constituyendo, juntamente con el cerdo, criado con los despojos, su caja de ahorros.

La Hacienda ha intentado ya (1897-99) enajenar esta finca concejil, en el supuesto inexacto de ser bienes de propios. La realización de semejante intento promovería en aquella ciudad una cuestión social. El ayuntamiento defiende el patrimonio de los pobres haciendo uso de todos los recursos legales; si llegase el caso, el vecindario debería defenderlo hasta por otras vías. Harto padece ahora la nación las consecuencias de haber tolerado cobardemente que la Administración pública destruyera infinidad de instituciones sociales del género de esa, descritas en el libro *Colectivismo agrario en España,* capítulos VI, X y otros. Lejos de eso, aquella ciudad —que acaba de construir un canal (un metro cúbico de agua por segundo) para fuerza (alumbrado por electricidad), riego (1 000 hectáreas, gran parte en el ruedo), y abastecimiento del vecindario, habiendo puesto el ayuntamiento las cinco sextas partes del capital—, debe preocuparse de mejorar y desarrollar el régimen de las suertes, considerando: 1.° Que éstas son menos en número que las familias necesitadas (todos los años hay más solicitudes que vacantes). 2.° Que su cabida es escesivamente reducida, debiendo proponerse como ideal llegar a las 50 áreas de regadío, y, por lo pronto, 20 o 25 cuando menos; y 3.° Que se hallan a una distancia enorme de la ciudad, 7 kilómetros término medio, lo cual representa al cabo del año una suma de trabajo muerto en tiempo, en fatiga y en pérdida de salud (lluvias, etc.), que

explica el que a mi paso por la ciudad se hallaran en descubierto del pago de su humilde pensión (2 a 5 pesetas anuales) correspondiente a 1898, y algunos, además, de la de 1897, el cuarenta por ciento de los porcionistas varones y el cincuenta por ciento de las viudas. Vi preparadas las listas para pasar el segundo aviso a los morosos. En la distancia, que anula en más de una mitad el efecto útil de esta benéfica institución, reside, a juicio mío, la causa o una gran parte de la causa de esta morosidad. Sea por permuta, o por compra y venta, las suertes deben aproximarse a la ciudad.

De esto nos ocuparemos con carácter general en otra ocasión, al hacer gacetable en esa parte el programa de la Cámara agrícola del Alto Aragón.

20. *Capítulo* Cultivos cooperativos

Cultivo de tierras comunes en común, para la hacienda del municipio o para reparto del producto entre los vecinos. — Tuve noticia de esta costumbre, por clientes del país que la practicaban, hallándome en Graus, villa situada en la confluencia del Ésera con el Isábena (Ribagorza, Pirineo de Huesca); y me ha hecho una relación de ella por escrito, contestando un interrogatorio, mi amigo don José Zuzaya, inteligente cirujano de Beranuy. Los datos están tomados de la práctica de Calvera, pueblo inmediato al río Isábena y del que depende Obarra, estación romana en los primeros siglos de nuestra era, según atestigua la lápida hispano-latina 5840 del «Corpus i. l.», vol. II, castillo y monasterio famoso en la Edad Media, nombrados en diplomas que ha dado a luz el sabio P. F. Fita; pero rige de igual modo en los lugares y aldeas de los contornos, ribereños del mismo río, o próximos a él; Morens (aldea de Calvera), Beranuy, Ballabriga (aldea de Beranuy), Puebla de Roda, Espés, Bonansa, Las Paúles, etc.

El pueblo de Calvera poseía un monte de pastos naturales y tierra labrantía, llamado La Rosada, que aprovechaba el vecindario comunalmente; sometido, con pretexto de propios, como tantos otros, a la desamortización, fue enajenado por la Hacienda hace cuatro años. Compráronlo dos vecinos para sí y para los demás del pueblo, por encargo de éste, aprontando entre todos el importe del precio, a partes iguales. No obstante esto, la forma de explotación sigue siendo la misma de antes, recibida de la tradición; la cuota que le reparten por contribución territorial se paga nominalmente por los dos vecinos a cuyo nombre figura la finca en la escritura de venta, pero, de hecho, con fondos de la municipalidad; el paso del régimen administrativo al régimen civil ha sido sólo de forma, y aun menos que de forma, de nombre.

Para beneficiar los pastos de ese monte, que constituyen su principal riqueza, ejercen cooperativamente la industria pecua-

ria, en la manera que dejo descrita arriba en el capítulo XVIII con referencia al pueblo de Benavente (distante de allí una jornada), formando una «ramada» o rebaño único con los hatos de todos los vecinos, quienes cubren los gastos comunes (salario de tres pastores y un ayudante, sal para las cabras y ovejas, aceite de enebro, etc.) a prorrata del número de reses de cada uno. Desde San Andres hasta San Juan las cabras forman rebaño aparte, encomendado a otro pastor asimismo común.

Cada tres, o cada cuatro o cinco años, deciden los vecinos, convocados al efecto por el alcalde de la casa del pueblo (lo llaman «concejo» en León y Castilla), «sacar artiga o comunal», o sea roturar y poner en cultivo un trozo de monte, de superficie variable, ordinariamente ocho o diez fanegas de sembradura cada vez. El cultivo se hace comunalmente, por todo el vecindario reunido, y lleva uno de dos fines: primero, cubrir atenciones de la municipalidad, atrasos de contribución, gastos extraordinario o imprevistos, etc.[76]; segundo, repartirse los vecinos el producto, como un suplemento de la cosecha obtenida en las tierras privadas.

El cultivo en común de tierras comunes como medio de dotar el presupuesto de gastos del municipio, ha debido ser general en España en algún tiempo, y puedo citar dos casos muy interesantes: uno, el ya nombrado lugar de Benavente, entre el Isábena y el Ésera, a pocas leguas de Calvera (en el mismo partido judicial de Benabarre), donde aún se denomina «el Común» la partida de tierras que hasta mediados de este siglo perteneció al pueblo, era labrado por prestación vecinal y administrado por un regidor del ayuntamiento, siendo destinados sus productos a satisfacer la retribución del secretario, alguacil, abogado consultor y veredero, campanas y campanero, reparaciones de la iglesia, rogativas, edificio y material de la herrería del concejo, etc.; otro, la antigua villa de Soria, en la cuenca superior del Duero, capital ahora de la provincia de su nombre, la cual poseía ciertos «tajones» o heredades de concejo, que labradas en un día por todos los vecinos y recogida la cosecha en otro, servían para los gastos de propios, o del común», como dice el señor Rabal en el libro titulado *«Soria»* que ha dado a luz hace seis años en Barcelona

en 1889[77]. La otra aplicación es la que predomina ahora en los lugares del Isábena, según las referencias del Sr. Zuzaya, quien añade que prefieren el cultivo en común al reparto del suelo en parcelas por sorteos periódicos como los de Sayago, porque los cuarteles laborables del monte son de calidad muy desigual y de relieve muy accidentado, y labrándolos cooperativamente todos los vecinos participan por igual de lo bueno, de lo malo y de lo mediano.

Las plantas cultivadas en la artiga comunal son, ordinariamente: el primer año, centeno; el segundo, trigo; el tercero, leguminosas de secano (lentejas, algarroba o arvejones, guixas, o sea muelas, o titos, etc.), y cuando el suelo es de bastante fondo, patatas, que prosperan sin riego y son renombradas por su calidad sobresaliente en aquella parte del Pirineo. Alzada esta tercera cosecha, siembran de hierba el trozo roturado, volviendo ya para muchos años a formar parte del pasto común.

El día acordado, con aviso del alcalde, dirígense al sitio del monte donde ha de «sacarse la artiga» o comunal, un trabajador de cada casa, con su yunta de labor cuando ha de ararse. Principian por rozar el suelo, arrancando los matojos y arbustos y formando con ellos «hormigueros» para quemar la tierra y abonarla con la ceniza. Además, en algunas partes, verbigracia en Ballabriga, «aplletan» el ganado, es decir, establecen en ese terreno, ya rozado y limpio, la majada del pueblo durante algunas noches (entre San Juan y Todos Santos), para que se beneficie del estiércol y orines del rebaño comunal. Viene después el romper la tierra, a cuyo efecto, van todos los vecinos en un día dado con sus respectivas yuntas. Últimamente, se siembra, poniendo cada casa una parte alícuota de la simiente, fijada de antemano por una sencilla división: siendo los vecinos, por ejemplo, 52, como en Calvera, si ha de sembrarse 12 fanegas de cereal, le toca contribuir a cada uno con tres almudes de grano próximamente. Asimismo concurre cada casa con un segador cuando ha madurado la mies y se da orden de cortarla, sea en día festivo o laborable. Trillada en una o más eras, y apilado en un montón el grano, agrúpanse los vecinos alrededor con un saco abierto a cada uno; el que hace de repartidor va echando una medida igual en todos, repitiendo la

vuelta mientras hay grano que repartir; cuando ya queda poco en el montón, se cambia la vasija por otra de menor cabida, ordinariamente una cazuela, para no errar el reparto. Si se trata de patatas, suelen enterrar de cuatro a seis fanegas aragonesas de tubérculo por casa, que producen de 30-50 a 50-70 fanegas por cada vecino, según el año y la mayor o menor fertilidad del lote sembrado.

Los vecinos contribuyen al trabajo común con un número igual de jornales, así de bracero como de yunta. Cuando de una casa concurren dos en un mismo día, les sirve de abono la mitad en la labor siguiente; si, por el contrario, ha faltado alguno, verbigracia por hallarse enfermo, y no ha ido otro por él, se lo asientan como cargo para que lo abone en su día. A este efecto, el alcalde, que es quien da la orden los días que hay que trabajar en el «comunal» y quien dirige las labores, lleva una lista donde se anotan los cargos, descargos y abonos de trabajo de cada vecino. Viene a salir cada caso por diez o doce jornales al año en el campo concejil. No se hace comida en común cuando trabajan en él; cada cual la gasta de su casa. Ni el cura, ni el maestro, ni el cirujano, ni vecino alguno que no haya de tomar parte en el trabajo, entra a participar en el producto.

Cultivo en común por los miembros de una asociación privada para fines benéficos, piadosos o de recreo. — En septiembre de 1892 pasé unas horas en la villa de Binéfar (Huesca), estación de ferrocarril confinante con Cataluña, y hubo de sorprenderme la forma adoptada por los fundadores de un Círculo o Casino republicano para dotar su presupuesto de gastos. La escasez engendrada por las pertinaces sequías características de la Litera, había de hacer difícil al mayor número de los socios satisfacer una cuota mensual en metálico para cubrir las atenciones ordinarias de la asociación; y en cambio, se les hacía muy llevadero pagar en trabajo, robado al descanso de los días festivos. En este hecho descansa la hacienda de aquella asociación.

Fundóse ésta a principios de 1891. Tomó en aparcería al sexto (que es decir a pagar la sexta parte de los frutos por vía de renta) una tierra de pan llevar, con algunos olivos y vides,

y la sembró por su cuenta, ejecutando las labores los mismos socios. En el día señalado acuden éstos «con todas sus fuerzas» —cuatro, tres o dos pares de labor, o uno, los que los tienen, o una mula, buey o asno sueltos el que no posee más, para formar «coyuntas»; los jornaleros y menestrales, sus brazos nada más, armados de escardillo, espuerta, azada, etc.—, algo como una cuota o contribución proporcional, según la fortuna de cada asociado, contra lo que es costumbre general en esta clase de sociedades, donde todos los socios, ricos, pobres y medianos, contribuyen con una cuota igual. Mientras los unos aran el suelo que ha de sembrarse, los otros cortan matojos o apartan piedras, dan una cava a los olivos, arrancan mielga o grama y la retiran a las lindes, limpian o podan los árboles, hacen caballones o zanjas para retener y encauzar el agua de lluvia, etc. El presidente del Casino distribuye y ordena los trabajos. Algunos no van en persona a trabajar y envían en lugar suyo un jornalero. Ya queda dicho que estas labores las hacen en un día festivo; añadiré que no trabajan el día entero, sino tan sólo hasta el mediodía. Los dos, tres o cuatro socios que no hayan podido concurrir a la labor con el grueso de sus compañeros, tienen que ir otro día, ellos solos, a terminar lo que haya quedado pendiente. Para tales efectos, se lleva una lista.

No todas las labores pueden verificarse comunalmente. En Binéfar lo es todo el cultivo cereal, casi nada el arbustivo y el arbóreo. Enclavada esta población en la comarca más seca de España, es condición fatal de su agricultura que aproveche la oportunidad de los primeros aguaceros de otoño para apresurarse a sembrar los barbechos —a crédito de mayores lluvias, que no siempre se logran—, y los primeros calores de junio; que sazonan las mieses en pocos días, para forzar la siega y la trilla, que absorben toda la atención y la vida entera de las familias, sin darles lugar a descansar de noche ni de día. Por esta necesidad que cada uno siente de atender exclusivamente a lo suyo, la sementera en el campo de la asociación no la verifican personalmente los socios, sino jornaleros suyos. Por igual razón, y porque las mieses no maduran en un mismo día en las tierras de todos los vecinos, tienen que renunciar a llevar a

cabo la siega por sí mismos en dicho campo común; en el expresado año se había encargado de ella, así como del acarreo hasta la era, uno de los socios, quien la costeó a cambio de la paja; es decir, que la paja sufragó los gastos de la recolección. En años abundantes, la paja puede cubrir, además de ese, el gasto de la trilla, quedando libre para la asociación la totalidad del grano, sin otra merma que el sexto de la renta para el dueño o arrendador del campo. Hay que advertir que la paja tiene fácil salida para Cataluña, adonde se exporta en cantidades enormes por el ferrocarril.

El número de vides en el campo de la asociación era muy corto; el presidente recolectó la uva, y el vino resultante (seis u ocho cántaros) lo consumieron los socios el día de la recolección de la aceituna. Hicieron ésta todos juntos en un rato, que fue para ellos como día de recreo o de romería. Otro tanto habría sucedido con la trilla, sin la dificultad accidental que acabo de apuntar.

La siembra había sido de sesenta fanegas aragonesas de trigo, en la mitad del campo tomado en arrendamiento (la otra mitad quedó de barbecho para el siguiente año). Acudieron tarde las lluvias, y la cosecha no pasó de 29 cahíces (232 fanegas), de los cuales correspondieron a la asociación 25, con un valor de 1 000 pesetas. La aceituna costó 196 pesetas. Con ello reembolsaron el anticipo que les había sido hecho para adquisición de mobiliario, y todavía sobraron 625 pesetas para gastos del segundo año. Con esta experiencia se animaron a tomar en arriendo doble extensión de tierra, y acordaron plantar viña «a terraje» (especie de rabassa morta), al intento de crear una sociedad de socorros mutuos para casos de enfermedad. Este ejemplo de solidaridad y mutuo apoyo entre personas de tan distinta posición social (desde braceros del campo hasta agricultores con cuatro pares de mulas) merece todo nuestro aplauso y es digno de ser registrado en la crisis que tan hondamente trabaja a la sociedad europea.

Tengo para mí que los organizadores del casino de Binéfar calcaron su plan de hacienda en el viejo modelo que les ofrecían las cofradías religiosas del país. En Selgua, por ejemplo, a pocas leguas de allí, existe un campo de cofradía, que se

labra comunalmente, acudiendo los hermanos con sus yuntas cuando son convocados al efecto por pregón público. En Binéfar mismo hubo otra parecida. Según una memoria muy curiosa que el Sr. D. Mariano Molina, ilustrado e inteligente industrial de Barbastro, ha escrito a mi instancia acerca del régimen económico de las cofradías del bajo Cinca, constituye el principal ingreso de algunas de ellas la cosecha obtenida en una o varias suertes de tierra, ya de secano, ya de regadío, que cultivan colectivamente los cofrades, en la misma forma de cooperación progresiva que hemos notado en el casino de Binéfar. Cítase como ejemplo clásico la Cofradía del Señor, en Ontiñena. Las tierras cultivadas por las cofradías, unas veces las tenían por título arrendamiento o a terraje; otras, eran propiedad suya. Algunas han sido desamortizadas; las más han quedado como estaban, disfrazadas de dominio particular o de monte común.

Este régimen ha debido ser general en nuestra Península. El Sr. D. Nicolás López Marín, notario de Granada, me ha dado noticia de una cofradía de Jun, villa de aquella provincia, que se encuentra en ese caso. Llaman «trigo de la Virgen» al cultivo de una haza de regadío de 12 o 14 marjales que la cofradía de la Concepción toma en arrendamiento y que labran los cofrades o hermanos mancomunadamente. El día que disponen los mayordomos y el hermano mayor (ordinariamente un domingo), acuden a la haza todos los cofrades con los medios de trabajo que posee cada uno: yunta de mulas el que la tiene; sin más que un borriquillo, o sus brazos y un escardillo, el que no posee otra cosa. Cosecha unas treinta fanegas castellanas de grano al año, por término medio, cuyo valor es de 60 a 90 duros. Con ello costean anualmente dos funciones solemnes, con música, fuegos artificiales, etc., a la Santísima Trinidad y a Nuestra Señora de la Concepción; y destinan el resto a socorros en tiempo de crisis, «cuando hay un temporal» (penuria de jornales), dejando una reserva permanente de quince o veinte duros para imprevistos del año. En una tierra de propiedad particular existe un olivo centenario, cuyo fruto viene destinado, por voto, desde tiempo de los abuelos de la actual poseedora doña Ángeles López Marín, a abastecer la

lámpara de Nuestra Señora de la Concepción; de ahí el denominarse dicho predio «haza de la Virgen».

El día que se generalicen, tal vez organizados por el Estado, como en Alemania e Inglaterra, el socorro mutuo y el seguro para la vejez y contra los accidentes, el cultivo cooperativo, practicado por asociaciones libres, religiosas y de otro género, a estilo de las de Selgua, Binéfar y Ontiñena, podrá ser un medio eficacísimo de que no fracase el noble intento que ha inspirado tales instituciones de previsión, por no poder pagar con regularidad sus cuotas y primas aquellos a quienes la previsión es más necesaria.

* * *

Con posterioridad a esta fecha, en una rápida excursión llevada a cabo en 1897 por el Ésera y el Ara, pude estudiar con algún detalle este aspecto trascendental de las cofradías altoaragonesas. Un resumen amplio de los apuntes, todavía inéditos, recogidos en tal ocasión, puede verse en *Colectivismo agrario en España,* cap. XVI, «Hermandades y Cofradías»; Madrid, 1898, págs. 555-573.

Notas

[76] Acaso sea en alguna parte supervivencia del período feudal, y deba emparentarse con las sernas o facendera que los vasallos habían de pechar a sus señores, trabajando gratuitamente en la tierra de éstos un cierto número de días al año; ora, como en Castrojeriz, un día de barbechar, otro de sembrar y otro de segar (conde Garci Fernández); ora, como en Villanova, dos días de arar y dos de cavar (Don Sancho el Mayor), etc.

[77] No me parece que diga relación a este mismo orden de conceptos, sino más bien al del anterior capítulo, la «*senara* o tierra de concejo, que se cultiva de vecinal», nombrada en la pragmática de 1770 sobre repartimiento de las tierras labrantías del caudal de Propios de los pueblos entre los labradores y braceros del campo. Pero sí los escalios y artigas concejiles aludidos en la *ordinación* 128 de las «de la Comunidad de Teruel y villa de Mosqueruela» (Zaragoza, 1865, pág. 100).

Tratando de los Propios y Árbitros de Nueva España, dice Canga Argüelles: «Además, en los lugares de indios hay una caja de comunidad que recoge los productos de la contribución de un real y medio que paga cada uno, o de lo que rinde la siembra que hacen entre todos, a razón de 10 brazas de tierra cada tributario». (*Diccionario de Hacienda,* t. IV, Londres, 1827, pág. 408).

Apéndices

I. Plan de un Tratado sobre el Derecho consuetudinario, por D. JOAQUÍN COSTA.

II. Concurso de la Academia de Ciencias Morales y Políticas sobre Derecho consuetudinario y Economía popular.

III. Dictamen sobre Costumbre y Jurisprudencia en el Congreso Jurídico Español, por los señores GINER, OLIVER, PANTOJA Y COSTA.

Apéndice I Plan de un tratado sobre el Derecho consuetudinario

PARTE PRIMERA

GÉNESIS DE LA COSTUMBRE

Preliminar: El hecho jurídico como realización temporal del Derecho y como signo de un estado subjetivo.

I. Contenido del hecho jurídico *(el Derecho)*

Su concepto, como un orden de libre condicionalidad.

II. Sujeto del hecho jurídico: la actividad del Estado

a) Doble posición de la actividad jurídica: la exigencia y la obligación.

b) Doble esfera del Derecho: con respecto al sujeto; con respecto al objeto.

c) Agente del hecho jurídico: en la esfera individual; en la esfera social. El individuo y la corporación como órganos.

d) Actividad del sujeto de Derecho (Psico-física jurídica):
- *a'* Grados y formas de la actividad en la producción del Derecho: sistema neuro-psíquico; proceso de la sensación y de la percepción; el hábito y la reflexión, etc.
- *b'* Actividades particulares en que esa general se diversisifica para producir el Derecho.
- *c'* Dominio del sujeto sobre su actividad. Principales causas que lo contrarían.

III. Información del Derecho por la actividad

A) *Realización o producción interior del hecho: Plan*

a) Tránsito del fin potencial a necesidad.

b) Propósito o proposición: concepción elemental y unitaria del plan.

c) Deliberación o discusión, y resolución o plan.

d) Comunicación del plan a otros individuos.

B) *Realización o producción exterior: Ejecución*

a) Condiciones previas esenciales para ejecutar el plan. Libertad civil y libertad política; derecho y obligación de no obedecer; cooperación de los órganos del estado oficial; reivindicación teórica de la libertad; revolución.

b) Unión material efectiva del fin y los medios. Sus formas: indirecta o tropológica; directa o lógica.

C) *Acción y reacción entre la realización interior y la exterior.*

a) Influjo del hecho en el plan: es su continuación, su complemento y aun su precedente.

b) Prudencia obligada en la formación y propaganda de planes sociales.

IV. El hecho consuetudinario

A) *Cuándo es consuetudinario el hecho jurídico*

a) En la esfera individual:

Unidad en que se manifiesta la vida de los individuos.

Concepto del hecho jurídico individual. Ejemplos.

Cómo el hecho anterior da ley a los subsiguientes.

b) En la esfera social. Posiciones de un hecho con respecto al estado jurídico de la sociedad:

Hecho *contrario:*

Concepto del tiempo: la contemporaneidad y la extemporaneidad como cualidades interiores y exteriores.

Fundamento de los hechos individuales contrarios al sentimiento de la sociedad.

Ejemplos de hechos contrarios: Paulino de Nola, etc.

Hecho *indiferente:*

Su fundamento y su naturaleza.

Ejemplos históricos.

Hecho *concordante:*

Origen de esta congruencia entre el hecho individual y el sentimiento de la sociedad. Ejemplos.

El hecho concordante es consuetudinario.

Nacimiento de la regla jurídica, según Savigny.

Procesos de este alumbramiento:

Asimilación o prohijamiento de un hecho único.

Producción simultánea de hechos múltiples concordantes.

Unión y combinación de entrambos procesos.

B) *Cuándo el hecho consuetudinario induce costumbre*

a) Generación de la costumbre jurídica social:

Modo como funciona el individuo en concepto de órgano adventicio de la sociedad.

Doble elemento que hay que distinguir en sus actos.

Aparente impersonalidad de tales actos.

b) Teoría de la unicidad del hecho consuetudinario:

Hecho y costumbre de derecho necesario.

Todo hecho consuetudinario induce costumbre: un solo hecho basta.

Consecuencias absurdas de exigir una pluralidad de actos.

Hecho y costumbre de derecho voluntario.

Todo hecho concordante induce costumbre: en qué se diferencia esta concordancia de la del caso anterior.

Simultaneidad; prohijamiento. Variantes de la costumbre.

Presentimientos de esta doctrina en algunos autores.

c) El precedente, sus efectos y su eficacia:

Ejemplos de diversos órdenes.

Eficacia del precedente único en Inglaterra: *Common law.*

El precedente único en la jurisprudencia española.

V. El hecho habitual

a) *Generación del hábito.*

Modos de esta generación: repetición; permanencia.

Relación entre la intensidad de la excitación y la sensación: decrecimiento gradual de ésta; ley de Weber.

Diferenciación del sistema neuro-psiquico: las líneas de vibración como órganos nerviosos.

Relación entre la degradación de la sensación y la progresión del hábito.

b) *Funciones del hábito en la vida*

Desarrolla y fija la costumbre, y facilita su prueba.

Hace automática y, por tanto, más rápida, segura y descansada la ejecución de los actos.

Hace posible la tradición.

Es un instrumento de progreso. Rutina: sus efectos, cómo se contrarresta.

VI. Requisitos ilegítimos o innecesarios impuestos por los autores a la costumbre jurídica

a) Pluralidad de actos:

Confusión del hábito con la costumbre.

Número de hechos exigidos: uno, pero de tracto continuo; dos, discontinuos; gran número; número discrecional, a juicio prudente del juez.

b) Consentimiento del legislador. Relación entre la teoría de la costumbre y la teoría de la soberanía; glosadores; Santo Tomás; civilistas; teólogos, regalistas; eclecticismo de Suárez; Soto; romanistas; Savigny; doctrinarismo francés; Donoso Cortés; tratadistas contemporáneos. Error común a todos ellos; doble aspecto del Estado y doble forma de la regla jurídica.

c) Antigüedad o prescripción:

Falsa analogía establecida entre la prescripción y la costumbre.

Transcurso de tiempo requerido en consecuencia: diez años; veinte; inmemorial.

d) Sentencias de tribunales o de árbitros.

Jurisprudencia de los tribunales: verdadero carácter de los

actos judiciales como actos consuetudinarios.

Número de actos o sentencias: oposición entre los tratadistas y la práctica; hazañas, precedentes, etc.

Consideración especial de la doctrina de Partidas.

e) Racionalidad de los hechos consuetudinarios.

f) Verdad de los mismos. Equivocada interpretación de un texto romano.

g) Libertad del agente.

h) Publicidad de los actos.

i) Pluralidad de agentes: mayoría; sexo; edad.

j) Coordinación. Distinción entre costumbre general y costumbre local: doctrinas de Donneau y de Savigny, de las Partidas y el Fuero aragonés.

k) Uniformidad y continuidad, o no interrupción de los actos consuetudinarios.

l) Certidumbre.

m) Que la costumbre sea obligatoria.

n) Animo de inducir costumbre.

VII. Leyes biológicas de la costumbre

a) *Leyes de su esencia:*

a' La costumbre es *una.* Homogeneidad de caracteres en todos los siglos. Consiguiente posibilidad de una historia de la costumbre.

b' La costumbre es *varia:* diversidad de esferas en el derecho; de pueblos y de civilizaciones.

c' La costumbre es *orgánica:*

Armonía entre las costumbres de derecho y las morales, religiosas, etc.

Armonía entre las costumbres jurídicas sustantivas y adjetivas, entre las políticas y las civiles, etc.

b) *Leyes de su formación: edades de la costumbre.*

a' Primera posición de la costumbre: costumbre embrionaria.

b' Evolución de la costumbre: variantes; selección.

c' Involución o síntesis: fusión y reducción de variantes, etcétera.

c) *Leyes de su existencia.*

a' La costumbre es permanente, como el derecho y como la actividad.

b' La costumbre es mudable como las condiciones de la vida de donde brota.

c' La costumbre es perfectible y progresiva.

PARTE SEGUNDA

VALOR Y EFICACIA DE LA COSTUMBRE

I. Eficacia de la costumbre en general

II. Eficacia positiva de la costumbre

a) Crea reglas positivas de Derecho para necesidades antes no satisfechas.

b) Da fuerza y autoridad a la ley, la desarrolla y la vivifica: acción de la interpretación, mediante la costumbre y la ficción jurídica, en la vida de la ley.

c) Sirve de regla de interpretación de los actos privados. De una pretendida regla ni legal ni consuetudinaria, supuesta por Suárez.

d) Sirve de regla supletoria en un régimen de libertad civil.

e) Dirige e inspira al legislador en la redacción de leyes y códigos, y le suministra materiales inmediatamente asimilables.

III. Eficacia negativa de la costumbre

a) Incumplimiento o no aceptación.

b) Desasimilación gradual.

a' Por desuso:

De leyes de derecho necesario.

De leyes potestativas o supletorias.

b' Por sustitución lenta y gradual:

Coexistencia de la ley y la costumbre positivas.

Lucha por la existencia.

c) Consecuencia inmediata de estos principios.

a' Las legislaciones históricas no retratan con fidelidad el ser jurídico de una sociedad.

b' Ejemplos de leyes muertas por incumplimiento o por desuso:

Celibato eclesiástico.

Régimen de la propiedad en Judea y Esparta.

Leyes usurarias y suntuarias.

Legislación contra el duelo.

Vínculos en Inglaterra.

Concilios provinciales y sínodos diocesanos en España.

IV. Eficacia relativa de la costumbre (considerada en la relación de unas a otras esferas)

a) Esferas de la costumbre jurídica social.

Doméstica y gentilicia.

Municipal: fueros, ordenanzas, droit coutumier, etc.

Provincial y regional: ejemplos.

Nacional: ejemplos de varias naciones.

Internacional, o de gentes.

Correspondencia de estas esferas en el Derecho canónico y mercantil.

b) La relación social del individuo es tanto más íntima cuanto el círculo es más reducido.

c) Prelación consiguiente de las costumbres de los círculos inferiores respecto de las de los superiores.

d) Doctrinas de los autores acerca de esta relación de las costumbres entre sí.

V. Eficacia de las costumbres en competencia

a) Territorial de la costumbre.

b) Conflicto de costumbres.

VI. La costumbre en los códigos europeos

a) Siete Partidas.

b) Fueros de Aragón, Cataluña, Navarra, etc.

c) Código Napoleón.

d) Legislación inglesa.

e) Código de Austria.

f) Código de Prusia, etc.

VII. Valor de la costumbre como predecesora e inspiradora de la ciencia

Relación entre el sentido común práctico y el saber teórico.

Ejemplos de anticipación de la costumbre, y de espera por parte de la ciencia. Sistemas económicos nacidos de los hechos. Consulados. Régimen de la propiedad en el siglo XIX. Jurado. División de poderes. Atribuciones del poder regulador, etc.

PARTE TERCERA

SANCIÓN DE LA COSTUMBRE

I. Acción de la actividad reflexiva con respecto a las obras de la espontaneidad

a) El arte jurídico: su naturaleza; su función total.

b) Bases para la deducción de sus funciones particulares:

a' El arte es interior-exterior *(creador)* y exterior-interior *(crítico)*.

b' En ambos casos, o mira a lo producido, o a la actividad productora.

c' Puede obrar sobre ellos en estado normal y en estado anormal.

c) Esferas o funciones del arte jurídico.

a' Del arte exterior-interior:

Fijar, directa o indirectamente, lo espontáneamente producido.

Sanar lo producido.

b' Del arte interior-exterior:
Promover la producción espontánea.
Promover la curación de la actividad productora viciada.

II. Reconocimiento y sanción de la costumbre por el poder legislativo

a) Procedimiento según la razón.
a' Comisión legislativa.
b' Momentos que envuelve esta función:
Recolección o fijación de la costumbre.
Su interpretación.
Selección y reducción de variantes.
Sistematización y purificación racional.
Promulgación.

b) Ejemplos históricos.
a' Foenus nauticum. Edicto perpetuo.
b' Consulado de mar de Barcelona.
c' Fueros y Observancias de Aragón.
d' Fueros de las provincias Vascongadas.
e' Libro de las Costumbres de Tortosa.
f' Fuero de Bailío.
g' Leyes de Bearne.
h' Leyes wálicas.
i' Droit coutumier francés.

III. Reconocimiento y sanción de la costumbre por el poder judicial

a) Necesidad de atribuir a los tribunales la facultad de reconocer fuerza y eficacia a la costumbre. Los tribunales y la costumbre en Inglaterra.

b) Prueba de la existencia de la costumbre:
a' A quién incumbe. Diversidad de opiniones:
Al juez o tribunal.

A las partes:

A la que alega la costumbre.

A la parte contraria.

Si basta la aserción de un escritor de derecho.

b' Medios de prueba de la costumbre:

Inspección de instrumentos públicos.

Información testifical.

Sentencias de tribunales y decisiones de jurados.

Declaraciones o certificados notariales; consulares; de los párrocos; de abogados; de comerciantes; de los *weisthümer*; de los *aldermen* y del *recorder*, etc.

c) Interpretación de la costumbre por los tribunales.

d) Retroactividad de la costumbre.

IV. Reconocimiento de la costumbre en su nacimiento

a) Derecho para la costumbre.

a' Doble sistema de magistraturas en el Estado:

Entre los poderes legislativo y judicial.

Entre el legislativo y el administrativo.

b' Edicto periódico: recolección y sistematización de las costumbres, y de los estilos y jurisprudencia.

c' Recurso de casación por infracción de una costumbre no reconocida por los tribunales inferiores.

b) Ejemplos históricos de esta magistratura en el orden civil.

a' Pretor romano: derecho honorario.

Naturaleza de la Pretura y sus clases.

El edicto anual: su triple base.

Modo de comprobar la existencia de la costumbre o de la aspiración popular: Consejo de abogados.

Modos indirectos de abrogar la ley y dar fuerza a la costumbre; *fictiones; bonorum possessiones; exceptiones; restitutiones; interdicta*, etc.

Modo de perpetuar el derecho honorario: *jus traslatitium*.

b' Los nomothetes de Grecia.

c' El Justicia de Aragón: sentencias de Corte.

d' Cónsules mercantiles de la Edad Media: ordenanzas de los consulados.

e' El Chancellor inglés: Courts of commom law: precedentes.

f' Tribunales de los Estados Unidos.

g' Tribunal Supremo de España: Derecho consuetudinario honorario; casación por infracción de doctrina legal o jurisprudencia.

c) Doctrinas de los autores acerca de esta magistratura:

a' Filangieri.

b' Holtius.

c' Schrader.

d' Savigny.

e' Bornemann.

f' Roeder.

PARTE CUARTA

CULTIVO Y TERAPÉUTICA DE LA COSTUMBRE

I. Acción de la actividad reflexiva individual sobre la espontánea social

A) *Doble aspecto de la conciencia individual con respecto a la social*

a) Es representante e intérprete de ésta.

b) Es rectora, tutora e institutora de ella.

c) Relación esencial entre uno y otro aspecto.

B) *Concepto jurídico de la dictadura como tutela social*

a) La dictadura como lo opuesto de despotismo.

b) Extensión de la dictadura:

Parcial (con respecto a una ley o costumbre, a una localidad o región, o a una fase de la sociedad).

Total (abrazando la sociedad en el sistema austero de sus instituciones, de sus tendencias e inclinaciones históricas, etc.)

e) Condiciones del dictador.

C) *Doctrinas de los autores acerca de la dictadura.*

D) *Principio general de arte jurídico:* acción indirecta, influir sobre las causas; no atacar los efectos.

II. La ley resistiendo las exigencias irracionales de la opinión

A) Aplicación del principio del veto a la costumbre en formación.

B) Inconvenientes de ceder a esas exigencias.

C) Ejemplos históricos:

a) Samuel y la monarquía judaica.
b) Pilato y la muerte del Justo.
c) Alfonso X y las Tasas.
d) Felipe III y la expulsión de los moriscos.
e) Turgot, Malesherbes y las reformas rentísticas.
f) Washington y la revolución americana.
g) Castelar, el federalismo y la pena de muerte.

III. La ley adelantándose a la costumbre

A) *Si ésta no puede nacer por causas externas:*

a) Apartar el obstáculo.
b) Facilitar el medio.
c) Formular una ley con arreglo al deseo u opinión que no puede manifestarse.

B) *Si no puede nacer por causas internas:*

a) Agitar la opinión y educarla. Medios: prensa, novela, etc. Ejemplos.
b) Llamarla a reflexión: informaciones. Ejemplos.
c) Influir en ella personalmente el Jefe del Estado con el ejemplo.

d) Crear una magistratura especial en el sentido de la costumbre que se desea implantar.

e) Formular la regla el legislador, subrogando su actividad reflexiva en lugar de la espontánea social. Ejemplos.

C) *Algunas reglas empíricas de arte jurídico para efectuar la adaptación de una ley nueva*

a) Pedir apoyo a la tradición para dar autoridad a la nueva ley.

b) Pedir consejo a la opinión ilustrada del país, con vista del proyecto.

c) Hacerla preceder de leyes preparatorias.

d) Promulgarla como ley meramente facultativa, en segundo término.

e) Elevarla a categoría de supletoria, en primer término.

f) Ejemplos en la historia jurídica:

a' Derecho romano en Alemania.
b' Derecho romano en España (Partidas).
c' Sistema de comunidad de bienes en Francia.
d' Constitución de 1812.
e' Ley hipotecaria española.
f' Juicio por jurados.
g' Viudedad foral y fuero de Bailío.
h' Consejo de familia.

IV. La ley corrigiendo costumbres viciosas y regenerando costumbres buenas que se atrofian

A) Destruir los medios de acción, respetando la actividad. Ejemplos.

B) Imprimir a la actividad distinta dirección, por vías indirectas.

C) Proceder por grados, no de una vez (atrofia progresiva de una costumbre).

D) Darse el Estado como ejemplo, aboliendo las instituciones y prácticas viciosas que son motivo de escándalo.

E) Elevar a ley una costumbre buena que existe al lado de otra afín, pero mala.

F) Simular un ataque o, por el contrario, cesar en la persecución. Ejemplos.

G) Buscar apoyo en las clases ilustradas, antes de atacarla de frente.

H) Hacer uso de la fuerza, cuando la costumbre está quebrantada en la opinión.

V. Dictadura total

A) *Circunstancias que la hacen obligada:*

a) Cuando decaen los imperios.

b) Cuando nacen y cuando se regeneran.

B) *Circunstancias que la hacen ineficaz:*

a) Por tardía: falta de vitalidad.

b) Por prematura: falta de desarrollo inicial.

C) *Ejemplos históricos de dictadura total:*

a) Estados incipientes: puede constituirlos en nacionalidades cultas y poderosas.

a' Moisés.

b' Masinisa.

c' Mahoma.

d' Pedro I de Rusia.

e' Contra: Viriato.

b) Estados decadentes o estancados: puede regenerarlos; puede hacerlos retroceder.

a' Augusto.

b' León el Filósofo.

c' Reyes Católicos.

d' Cromwell.

e' Iwakoura (Japón).

c) Estados descompuestos: no puede regenerarlos.

a' Honorio y el imperio romano.

b' Wamba y el reino visigótico.

c' Hixem III y el califato occidental.

d) Estados que se regeneran: puede hacerlos retroceder: Fernando VII.

Apéndice II Concurso de la Academia de Ciencias Morales y Políticas sobre Derecho consuetudinario y Economía popular

El conocimiento de las formas positivas que ha creado la espontaneidad social en el orden del derecho y en el de la economía, principia a ser apreciado como de la más alta importancia, no tan sólo para la legislación, a la cual brinda criterio, ideal y materiales vivos y ya labrados, sino que aun para la ciencia del Derecho y la Sociología. Persuadida de ello la Academia, ha resuelto abrir todos los años un concurso especial sobre dicho tema, con el intento de dirigir la atención de los estudiosos hacia esas instituciones consuetudinarias, reflejo y traducción del pensamiento de las muchedumbres, en que tiene sus raíces más hondas la vida nacional, y juntar en breve tiempo un caudal copioso de saber experimental, donde beban su inspiración legisladores y gobernantes, y al que vuelvan la vista, fatigada de textos oficiales y eruditos, de discursos de Parlamento, teorías de escuela y leyes escritas, los cultivadores de la Política, de la Biología jurídica y de la Economía.

A tal efecto, ha acordado destinar desde luego la suma de *dos mil quinientas pesetas* para premiar *Monografías sobre prácticas o costumbres de Derecho y de Economía*, sean o no contractuales, usadas en el territorio de la Península e islas adyacentes o en alguna de sus provincias, localidades o distritos.

Este premio podrá ser adjudicado a uno solo de los trabajos presentados al concurso, o dividirse entre dos o más, a partes iguales o desiguales, según lo conceptúe justo la Academia.

El plazo para su presentación expirará en 30 de septiembre del próximo año venidero.

Las memorias tendrán carácter monográfico y de investigación original, debiendo atenderse en ellas a fijar los caracteres y la fisonomía de cada una de las costumbres coleccionadas, más bien que a la crítica de sus resultados. Podrán limitarse a una sola costumbre, observancia o institución usual en una

o en diversas regiones, con sus respectivas variantes, si las hay, o extenderse a un grupo mayor o menor de costumbres vigentes en una localidad, o en un distrito o comarca determinada. Cada costumbre colegida ha de describirse del modo más circunstanciado que sea posible, sin omitir detalle; y no aisladamente, sino en su medio, como miembro de un organismo, relacionándola con todas las manifestaciones de la vida de que sea una expresión o una resultante, o con las necesidades que hayan determinado su formación o su nacimiento; y además, si fuere posible, señalando las variantes de comarca a comarca, o de pueblo a pueblo, y la causa a que sean debidas; apuntando las leyes, fueros, ordenanzas o constituciones desusadas por ellas, o al revés, de que sean ellas una supervivencia, o a que sirvan de aplicación o de complemento; e inquiriendo, caso de ser antiguas, los cambios que hayan experimentado modernamente y la razón o motivo de tales cambios, o las mudanzas en el estado social que las hayan provocado; sin olvidar el concepto en que las tengan o el juicio que merezcan a los mismos que las practican y a los lugares confinantes que las observan desde fuera y pueden apreciar comparativamente sus resultados.

Podrá hacerse extensivo el estudio a costumbres que hayan desaparecido modernamente, determinando en tal caso los motivos de la desaparición y las consecuencias que ésta haya producido.

En el concepto del tema entran todo género de costumbres de derecho, así público como privado, y todas las manifestaciones del trabajo y de la producción, agricultura, ganadería, comercio, industrias extractivas y manufactureras, pesca, minería y demás: *derecho de las personas, del matrimonio, de la sucesión, de bienes, de obligaciones y contratos; desposorios, petitorio, reconocimiento, colectas entre los parientes y amigos, ajuste, donas y demás concernientes a las relaciones que preceden al casamiento; heredamiento universal (hereu, petrucio, pubilla, etc.); sociedad conyugal, comunidad familiar, lugar de la mujer en la familia, derechos de la viuda, autoridad de los ancianos; peculios, cabaleros, tiones; sistemas de dotes (renta en saco, al haber y poder de la casa, etc.); constitución de un*

caudal para los desposados por los parientes y amigos; indivisión de patrimonio; adopción, orfandad, Consejo de parientes, etcétera.; arrendamientos de servicios; aparcerías agrícolas y pecuarias, comuñas, conlloc o pupilaje de ganados, etc.; arriendo del suelo sin el vuelo; pago del precio del arriendo en trabajo de senara para el propietario; plantaciones a medias, rabassas, mamposterías; abono de mejoras; servidumbres y dominio dividido; perpetuidad de los arrendamientos o transformación de éstos en quasi-enfiteusis por la costumbre; rompimientos privados en los baldíos (emprius y artigas privadas, etc.); formas de explotación de las pesqueras comunes y de las tierras de común aprovechamiento, repartos periódicos de tierras para labor y de monte para pastos; senaras concejiles o campos de concejo labrados vecinalmente para la hacienda de la municipalidad o para mejoras públicas; cultivos cooperativos por el vecindario (rozadas, bouzas o artigas comunales); vitas o quiñones en usufructo vitalicio; plantíos privados en suelo concejil; compascuo o derrota de mieses; acomodo de ganados en pastos concejiles y rastrojeras privadas; prados de concejo, su importancia y formas de su distribución, etc.; colmenares trashumantes; ejercicio mancomunado de la ganadería, hatos o rebaños en común, veceras, pastores y sementales de concejo, corrales de concejo, seles, etc.; cooperación: andechas, lorras, esfoyazas, seranos o hilandares, hermandades, asociaciones para el cultivo de tierras en días festivos, campos de fábrica, piaras y cultivos de cofradías y destino de sus productos; banquetes comunes de cofradía o de concejo; socorro mutuo, y cualesquiera otras instituciones de previsión y de crédito, seguros locales sobre la vida del ganado, asociaciones de policía rural (como las Cortes de pastores de Castellón), etc.; recolección en común y reparto de leña, madera, bellota, esparto, corcho, árgoma u otro productos espontáneos, etc.; participación en los beneficios, así en fábricas y talleres como en la pesca marítima y en los campos, «ahorro» de los pastores, pegujar de las gañanes, etc.; artes e industrias asociadas a la labranza (labradores y pescadores, labradores y alfareros, labradores y tejedores, labradores y gaiteros), etc.; supresión, atenuación o regularización de la competencia industrial, turno de productos para la venta, tiendas reguladoras; lecherías coopera-

tivas; alumbramientos de aguas para riego y régimen comunal de las mismas, regadores públicos, sistemas de tanteo, mercado de agua para riego, etc.; comunidades agrarias o rurales; constitución y gobierno del municipio y de las parroquias o concejos, prácticas de democracia directa y de referéndum, formación y revisión de ordenanzas y libros de pueblo; beneficencia, campos de viudas, enfermos y huérfanos, turno de pobres, andechas benéficas, quiñones de tierra repartidos anualmente a braceros menesterosos; cultivo obligatorio de huerta, plantación obligatoria de árboles; artefactos y establecimientos concejiles: molinos, herrerías, tejerías, batanes, tabernas y carnicerías de consejo; creación y explotación de cazaderos por los ayuntamientos; jurados y tribunales populares de aguas, de pesca, de policía rural o urbana, y su procedimiento; el concejo en funciones de tribunal; penalidad, multas en vino para los regidores, o para el vecindario, etc.; catastros y repartimientos extralegales de tributos; transmisiones y titulación popular de la propiedad inmueble; facerías, alera foral y comunidades de pastos, etc.

Los aspirantes al premio procurarán, siempre que sea posible, documentar sus descripciones de costumbres, agregándoles copias de contratos, sean públicos o privados, y de ordenanzas o reglamentos, cuando la práctica los lleve consigo. En todo caso, expresarán las fuentes de información de que se hayan valido (nombres, profesión y domicilio de los informentes, etc.) y darán razón del procedimiento seguido en el estudio de cada costumbre, a fin de asegurar de algún modo la autenticidad de las referencias. Se verá con agrado que añadan un croquis sencillo de la comarca objeto de cada memoria, en el cual aparezcan distinguidas con tinta o lápiz de color las localidades a quienes las costumbres compiladas se atribuyan.

Se observarán asimismo las reglas siguientes:

1.ª El autor o autores de las memorias que resulten premiadas obtendrán, además de la recompensa metálica expresada, una medalla de plata, un diploma y doscientos ejemplares de la edición académica, que será propiedad de la corporación.

Esta concederá el título de Académico correspondiente al autor en cuya obra hallare mérito extraordinario.

2.ª Adjudique o no el premio, declarará *accésit* a las obras que considere dignas, el cual consistirá en un diploma, la impresión de la memoria y la entrega de doscientos ejemplares al autor.

Se reserva el derecho de imprimir los trabajos a que adjudique premio o *accésit*, aunque sus autores no se presenten o los renuncien.

3.ª Las obras o memorias han de ser inéditas y presentarse escritas con letra clara, señaladas con un lema; se remitirán al secretario de la Academia hasta las doce de la noche del día en que expira el plazo de admisión; su extensión no podrá exceder de la equivalente a un libro de 500 páginas, impresas en planas de 37 líneas de 22 ciceros, letra del cuerpo 10 en el texto y del 8 en las notas.

Cada autor remitirá con su memoria un pliego cerrado, señalado en la cubierta con el lema de aquélla, y que dentro contenga su firma y la expresión de su residencia.

4.ª Los autores de las memorias laureadas con premio o *accésit*, conservarán la propiedad literaria de ellas.

No se devolverá en ningún caso el ejemplar de las que se presenten al concurso.

5.ª Concedido el premio o *accésit*, se abrirá en sesión ordinaria el pliego o pliegos cerrados correspondientes a las memorias en cuyo favor recaiga la declaración: los demás se inutilizarán en junta pública. En igual acto tendrá lugar la solemne adjudicación de aquellas distinciones.

6.ª A los autores que no llenen las condiciones expresadas, que en el pliego cerrado omitan su nombre, o pongan otro distinto, no se les otorgará premio. Tampoco se dará a los que quebranten el anónimo.

7.ª Los académicos de número de esta corporación no pueden tomar parte en el concurso.

Apéndice III Dictamen sobre Costumbre y Jurisprudencia en el Congreso Jurídico Español[78]

Jurisprudencia

De estos dos hechos: primero, que en España está admitido el recurso de casación por infracción de doctrina legal; y segundo, que el Tribunal Supremo declara con frecuencia no haber lugar a casar el fallo recurrido, por entender que no es doctrina legal la alegada como fundamento del recurso, los ponentes que suscriben sacan por conclusión que existe un vicio de trascendencia en nuestro derecho positivo, y entienden que el Congreso Jurídico debe tomar a empeño el descubrirle el remedio y procurar que sea aplicado con urgencia. El vicio que denuncia es de forma, y consiste en no tenerla, o tenerla tan vaga, tan incierta, tan poco definida, de contornos tan indecisos, que no por culpa de los letrados o de los tribunales, sino por lógica ineludible necesidad, han de tomar a cada paso por principios de doctrina legal los que no lo son, y por el contrario, pasar en silencio los únicos que habrían resultado eficaces, por no haber dado con ellos al cabo de una investigación abrumadora y desesperante, o haberlos tenido delante de los ojos sin darles importancia, no viendo nada en ellos que descubriese el sello de una consagración.

Lo que esto significa de agravios en el derecho, de aflicciones en la familia, de quebrantos en los patrimonios, de sorpresas en los bufetes, de apuros en los tribunales, de obstáculos puestos a la actividad y al desenvolvimiento de la riqueza, no hay para qué ponderarlo aquí, en un Congreso de Abogados. Enmarañada y todo como es nuestra legislación, al fin tiene una expresión concreta; presta a los debates forenses puntos de apoyo de cierta relativa solidez: estudiarla, no es perseguir sombras. Por esto, existe, a juicio nuestro, un problema que demanda solución con mayor apremio que el de la codificación de las leyes, y es la definición y sistematización de la jurisprudencia. En todo tiempo, antes que a mejorar la forma de lo

que la tiene mala, sería de razón acudir a darla, aunque fuese mala, a lo que no tiene ninguna; en las circunstancias presentes, esa norma de conducta se impone con mayor fuerza, atendiendo el lugar preeminente que ocupa la jurisprudencia de los tribunales en el sistema de nuestras fuentes jurídicas.

Muy divididos andan los jurisconsultos acerca del género y grado de autoridad que corresponde a esa jurisprudencia. Quiénes le atribuyen igual fuerza que a la ley escrita, sí tal vez no superior, y consideran a los tribunales obligados a la observancia más estricta de sus máximas; quiénes, por lo contrario, limitan dicha autoridad a la puramente moral y científica, juzgando que, por muy larga y uniforme que haya sido su aplicación en el foro, no constituye regla de obligar, ni es temeridad el impugnarla y procurar su implícita derogación o su reforma en fallos ulteriores. Tal vez convenga establecer aquí la misma distinción que el legislador ha establecido en la práctica, al admitir el recurso de casación por infracción de doctrina legal en lo civil y rechazarlo en lo criminal, fundado quizá en la distinta forma que revisten actualmente en España una y otra legislación. En buenos principios de derecho, no cabe poner cortapisas a la libre interpretación del juzgador, ni compete, por tanto, a la jurisprudencia de los tribunales otra autoridad que aquella que otorgamos en la vida común a todo precedente; autoridad grandísima, por la presunción de que la regla positiva, o el principio de justicia dados como criterio de juicio y como norma de conducta, fueron interpretados con fidelidad en las primeras decisiones, o en los primeros hechos; que siendo homogéneos los actos o los estados de derecho, deben regirse ciertamente por la misma ley o por el mismo principio natural, mas no tomados directamente y en su generalidad, como antes, sino en la concreción individual que recibieron al ser aplicados a otros actos o estados congéneres; pero autoridad, al mismo tiempo, voluntaria y de libre aceptación, en ninguna manera impuesta como dogma legal, a punto de excluir la facultad de apartarse de ella y dar a la ley inteligencia distinta de la que recibió en anteriores aplicaciones. Más o menos laboriosa y reflexiva, y ora recaiga sobre la ley o sobre las interpretaciones de ella dadas con anterioridad, la interpreta-

ción acompaña inexcusablemente a todo juicio; constituye, por tanto, una función personalísima, propia de todo juzgador, cualquiera que sea el lugar que ocupe en la jerarquía del orden judicial; dictar a unos o a otros un formulario de interpretaciones hechas, es querer convertir en mecánica una función por excelencia movible y reflexiva, violando la ley de su naturaleza, coartando la libre espontaneidad de la conciencia llamada a elaborar los juicios, que es tanto como querer el fin y no querer los medios, convirtiendo en estado permanente lo anormal y lo irregular, y no logrando a la postre el resultado apetecido, porque las doctrinas puestas al nivel de la ley, de hecho son leyes, y como ellas requieren a su vez una interpretación. Con pretexto de uniformidad, se ha pretendido hacer del juez un autómata y de la administración de justicia una matemática, como si fuera posible conseguir por medios exteriores y mecánicos aquella unidad de convicciones y de espíritu, única a que debe aspirarse, por ser la sola eficaz, la sola que armoniza la interpretación judicial con el sentido vivo de la ley que alienta en el seno de la sociedad. La ponencia no podría autorizar nunca con su voto esa que juzga transgresión de los principios menos controvertidos de la filosofía del derecho.

Pero existen situaciones anormales, en que el rigor de los principios como que se relaja; y es porque la misma irregularidad de los hechos parece exigir que se juzguen con muy diferente criterio. Así, en España, el estado caótico de su legislación civil y el convencimiento íntimo de que en mucho tiempo sería imposible remediarlo, pusieron al legislador en el caso de desnaturalizar la jurisprudencia, poco menos que subrogándola en lugar de las leyes. Se encuentra España en una situación muy semejante a como se encontraba Francia antes de la promulgación del Código civil Napoleón y del planteamiento de la nueva organización judicial. Compónenla diferentes estados que un tiempo fueron soberanos y que ahora conservan una relativa autonomía civil, cada uno con legislación diferente y complejísima, abigarrado conjunto de cuerpos legales, vigentes en parte y en parte derogados o desusados, de usatges, costumbres y observancias, escritas unas y otras no, pragmáticas y autos acordados, reales decretos y reales ordenes, doctrinas

legales, fueros, derechos énkaro, derecho romano, derecho gótico, derecho canónico, leyes modernas, unas extravagantes, otras coleccionadas, otras no publicadas en colecciones ni en la *Gaceta*, en lenguas diferentes, sin orden alguno, constituyendo un todo inorgánico, de muy difícil conocimiento para los que hacen del derecho profesión de toda su vida, de conocimiento imposible para las clases no letradas de la nación. En circunstancias tales, la jurisprudencia alcanza mayor autoridad y su ministerio es mucho más necesario que cuando la legislación vive vida de normalidad; además de su función propia, desempeña papel de *reductor*. De aquel confuso hacinamiento de materiales heterogéneos y contradictorios, descarta lo muerto y desusado; refunde lo demás, condensándolo y trayéndolo a concierto en una unidad viva y orgánica; rellena los huecos, dando entrada a las creaciones espontáneas de la multidud, nacidas a impulso de nuevas necesidades, que la ley, petrificada en moldes seculares, cerrada a toda revisión, no podía satisfacer; y de hecho subroga su obra en lugar de la obra del legislador. Sabido es cuán numerosas e importantes son en España las instituciones civiles que han tenido origen en la jurisprudencia de los tribunales, sin intervención del legislador, y que adquirieron bastante solidez para que hubiera podido éste darles carta de naturaleza en la ley hace ya mucho tiempo, como recientemente lo ha hecho respecto de alguna de ellas: tales, el testamento de hermandad; las memorias testamentarias, introducidas para suplir la falta de testamento ológrafo; el plazo dentro del cual caducan los establecimientos de tierra llamados «á rabassa morta», de Cataluña; el modo y el tiempo de adquirir por prescripción el dominio de las tierras usufructuarias en esa forma; la propiedad del agua pluvial, cuando pretenden una misma dos o más sujetos, etc. No es, pues, de extrañar que el legislador se haya visto llevado por la fuerza misma de las cosas a admitir transitoriamente el recurso de casación por infracción de doctrina legal.

Pero ya lo dijimos: la unidad de la jurisprudencia, con que ha querido suplirse la falta de unidad de la ley, es unidad amorfa. Con ser tan modernos el recurso de casación y la publicación de las sentencias del Tribunal Supremo, constituye

ya un caos, que apenas si tiene que envidiar al caos de la legislación. Respecto de algunas doctrinas, convienen todos, jueces y letrados, en que, efectivamente, reúnen la cualidad de *legales* (usando la frase consagrada en el procedimiento civil); pero existen muchas más en estado de formación, dando motivo a dudar de si están admitidas ya, o no lo están todavía, en la jurisprudencia de los tribunales; y muchísimas otras, de no tanta autoridad, después de rodar por el foro durante largo tiempo, han adquirido tales caracteres, que no es maravilla si alguna vez, desorientados, las toman por verdadera doctrina legal el letrado o el juzgador. Si es o no preciso y urgente corregir este estado de cosas, dígalo el séquito que alcanzan y los servicios que prestan en la práctica las recopilaciones y ensayos de sistematización que algunos jurisconsultos publican por su sola autoridad privada. Ora quiera reconocérsele —como indirectamente le reconocen el Código procesal y la práctica— igual virtud que a la ley, ora se limite su fuerza a la puramente moral que acompaña a toda experiencia y a todo precedente, es indispensable, a juicio nuestro, que reciba una expresión formal, lo mismo que las leyes, y como la de éstas precisa y sistemática. Y creemos más. La jurisprudencia se distingue de las leyes que le sirven de fuente y de fundamento, en no ser derecho estereotipado, rígido: representa el elemento mudable, flexible, vivo, del derecho positivo; no dogmatiza ni preceptúa por vía de principios generales, como la ley; la materia en que labra es lo infinitamente pequeño, los casos individuales, y por esto, la elaboración del derecho en ella es lenta, callada, molecular; las mudanzas más imperceptibles de la opinión, los progresos más leves de la ciencia, encuentran eco y respuesta en sus decisiones; y aun la experiencia personal de los juzgadores, a medida que el comercio incesante con la realidad la ensancha y perfecciona, tiene también su parte en las alteraciones, aunque insensibles, diarias, y en el consiguiente adelanto de la jurisprudencia. Por esto no puede imprimirse a ésta una forma cerrada, como a la ley, sino al revés, mudable como su contenido; por esto, en suma, la edición oficial de las doctrinas de la jurisprudencia debería renovarse periódicamente, tal vez cada año, como en Roma el *edicto* del pretor (que es natural precedente histórico), previa refundición, en que sean

tomados en cuenta los cambios que la doctrina legal haya podido experimentar en los tribunales desde la publicación anterior.

Veamos ahora de dónde habrían de tomarse los materiales para esa obra; o de otro modo, quién es el órgano de la jurisprudencia.

Partiendo algunos del supuesto de que el Tribunal Supremo no es un tribunal sustantivo, que juzgue del hecho y del derecho en relación, sino un mero interventor de la inteligencia dada a la ley por los demás, un custodio del derecho positivo, atento sólo a que sean guardadas las formas del procedimiento y las garantías encerradas en él, y entendidas en su verdadero sentido las leyes dictadas para que sirvan de norma de conducta a los particulares y de criterio de juicio a los jueces, han creído que las Audiencias son quienes crean la jurisprudencia, y que dicho Supremo Tribunal no hace en sus fallos más que uniformarla, resolver las antinomias y contradicciones en que dichos tribunales puedan incurrir por falta de comunicación directa entre ellos. Reflexionan otros, por el contrario, que siendo la misión del Tribunal Supremo velar por la recta inteligencia de la ley, que no existiendo una autoridad superior a la suya que pueda declarar cuáles doctrinas merecen la calificación de legales y admitidas por la jurisprudencia de los Tribunales y a cuáles ha de negarse esta cualidad; en una palabra, que estando en su mano el casar las sentencias que no se ajusten a las interpretaciones dadas por él mismo, él es el único órgano por cuya mediación se manifiesta la jurisprudencia, y que a los Tribunales inferiores y a los juzgados no corresponde más sino aplicar mecánicamente las interpretaciones consagradas por aquel respetable cuerpo, abdicando de todo pensamiento propio.

Para nosotros, después de cuanto llevamos dicho, ni siquiera hay cuestión. Puesto que la interpretación de las leyes constituye una de las varias funciones parciales que integran todo juicio y es esencialísima a la función total del juzgar, envolviendo toda interpretación un precedente, y formándose de precedentes la jurisprudencia, es claro que la formación de jurisprudencia acompaña a dicha función judicial como inherente atributo, no emanado de la Constitución, sino de su propia naturaleza. Lo mismo los Juzgados que las Audiencias, las

Audiencias lo mismo que el Tribunal Supremo, por el hecho de resolver con repetición unas mismas colisiones de derecho, de decidir entre partes sobre relaciones jurídicas controvertidas, contraen el hábito de entender de una cierta manera la ley o la doctrina legal nacida de anteriores interpretaciones y, por tanto, crean estilos, prácticas, jurisprudencia en suma, siendo esa creación tan necesaria, tan inevitable, que sólo pudiera cesar dejando ellos de existir. Otro problema es ya si toda la jurisprudencia indistintamente ha de tener autoridad oficial, en los términos de la ley de Enjuiciamiento; o si debe establecerse cierto orden de prelación, correspondiente a las varias jerarquías del Poder judicial; o si en aras de la ciudad debe sacrificarse la de los grados inferiores, proscribiéndola, declarándola no viable; o si existe un medio de lograr aquella uniformidad sin descender a esta capitisdiminución.

La tendencia dominante hoy es que no exista otro definidor de la jurisprudencia que el Tribunal Supremo. A propósito de una institución consuetudinaria tan importante como la Compañía gallega, se ha declarado por éste que la práctica constante de una Audiencia no tiene bastante autoridad para que pueda invocarse como fundamento de un recurso de casación. Ni aun ha querido reconocerse a la jurisprudencia de los Tribunales inferiores fuerza de doctrina legal en concepto de supletoria, para aquellos casos respecto de los cuales no exista otra reconocida o declarada por dicho Supremo Tribunal, siquiera no fuese más que por analogía con la costumbre local *praeter jus*, a la cual reconocen nuestras leyes fuerza de obligar. De los negocios en que entienden los Juzgados de primera instancia y las Audiencias, sólo una parte mínima llega hasta el Tribunal Supremo; hallándose los primeros respecto de los segundos en la proporción casi de ciento por uno, según las estadísticas más recientes. Por otra parte, correspondiendo a cada una de las legislaciones de Cataluña, Aragón, Navarra y Provincias Vascongadas, y a cada uno de los estados consuetudinarios de derecho de Asturias, Galicia, Extremadura, Valencia y Baleares una sola Audiencia, casi no puede decirse que esas Audiencias sean ruedas o partes de un todo; de hecho, son *todos* completos; de hecho, desempeñan oficio de Tribunales

Supremos respecto de aquellas sentencias para las cuales no se intenta la casación, y que son, según queda dicho, casi la totalidad. Otro tanto puede decirse de las que pronuncian los juzgados, en proporción con las que pasan en grado de apelación a las Audiencias. Y no se diga que los asuntos que llegan hasta el Tribunal Supremo representan a los que terminaron y se hicieron ejecutivos en las Audiencias o en los Juzgados; que con ocasión de aquéllos se establece doctrina para éstos, suponiéndolos todos congéneres; porque pudiéramos citar no pocas instituciones consuetudinarias importantísimas, que regulan más de la mitad de los actos jurídicos de las familias y de los individuos en provincias enteras, respecto de las cuales no ha tenido todavía ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo, y algunas otras en que ha entendido una sola vez. Añádase a esto la prevención legal de que por ningún concepto puedan los jueces aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en un pleito, considerando el Código penal como delito la denegación de fallo bajo pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, por donde los Juzgados y las Audiencias vienen a quedar constituidos, por explícita delegación de la ley, en legisladores, pero sin que, ni siquiera por excepción, sean llamados los fallos que en tales circunstancias se dictaren a conocimiento de las Cortes, para que su presencia provoque un proyecto de ley, ni hayan de ser tenidos en cuenta necesariamente como precedente para la formación de una jurisprudencia, como los particulares no prolonguen el debate hasta el Tribunal Supremo; así, quedando las sentencias de cada tribunal desconocidas de los demás, cada cual interpretará de modo distinto los movimientos de la opinión o los principios del derecho natural, y como consecuencia, habrá un grupo de actos sin regla fija a que someterse o con que apreciarse, abandonados por completo a la arbitrariedad.

No parece, pues, ajustado a conveniencia ni a razón que, aun dentro de los límites dichos, se niegue condiciones de doctrina legal, con igual autoridad y fuerza que la del Tribunal Supremo, a la jurisprudencia local; y menos aún que no se extienda a ella el beneficio de la publicidad, para que sea conocida del país, señaladamente de los letrados, jueces y notarios, y cause los efectos que le son propios.

La dificultad que acabamos de apuntar era tan obvia, que ya en 1855 se trató de acudir al reparo de ella, aunque sólo para un efecto. Por desgracia, el arbitrio ideado entonces, si ha servido para reconocer en principio la necesidad, en manera alguna para satisfacerla. Defínelo nuestra Ley procesal en los siguientes términos: «Podrá el Ministerio fiscal, en interés de la ley, interponer en cualquier tiempo el recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal en los pleitos en que no haya sido parte. En este caso, serán citadas y emplazadas las partes que intervinieron en el litigio, para que, si lo tienen por conveniente, se presenten ante el Tribunal Supremo dentro del término de veinte días. Las sentencias que se dicten en estos recursos servirán únicamente para formar jurisprudencia sobre las cuestiones legales discutidas y resueltas en el pleito; pero sin que por ellas pueda alterarse la ejecutoria ni afectar el derecho de las partes (art. 1782)». Tres inconvenientes, por lo menos, encontramos para que esta doctrina sea cumplidera y eficaz; no están organizados los medios; es insuficiente; y su ejecución mantendría en alarma y subversión constante el orden social. Carece de organización, porque no está dispuesto que se dé traslado de todos los fallos definitivos que dicten las Audiencias, al Ministerio fiscal, para que éste pueda apreciar si se ha infringido en ellas alguna ley o doctrina legal; y porque no existe, en correspondencia y armonía con aquel precepto, otro autorizando a dicho ministerio para apelar en cualquier tiempo de las sentencias de primera instancia, como medio de llegar al recurso de casación, cosa que parecía obligada, siendo, como son, las infracciones cometidas en los Juzgados, de la misma naturaleza e importancia que las cometidas en las Audiencias, e importando tanto que no se viole la ley en aquéllos como el que no se viole en éstos, para el propósito del precepto transcrito, a saber, que la interpretación de los textos legales sea igual en toda la nación, y no resulte que un mismo acto litigioso se aprecia con criterio distinto en los diferentes tribunales, por entender de modo *diverso* la ley *común* a todos ellos. Insuficiente, porque deja al arbitrio del Ministerio fiscal el interponer el recurso de casación, en el supuesto de haberse cometido, a juicio suyo, infracción legal; le autoriza, pero no le obliga, y tratándose de un interés público, parece que debía

obligarle; además, porque si hubiese de someter a una crítica meditada todas las sentencias, serían tantas, entre las que se consienten por los litigantes, las que habría de recurrir en casación (juzgando por la proporción de las que se revocan y casan entre las apeladas y recurridas), que el personal actual del Ministerio fiscal y de la Magistratura del Supremo no bastaría, ni aun con dos tantos más, a darles vado. Subversivo del orden social, porque si después de haberse allanado a una sentencia los litigantes, se declarase por el Tribunal Supremo, públicamente y mediante juicio solemne, que dicha ejecutoria había sido injusta, y que por virtud de ella, una persona, supongamos, disfrutaba pacíficamente y al amparo de la fuerza social unos bienes que, según dicho Supremo Tribunal, correspondían de derecho a otra, difícilmente se impondría resignación al despojado, quien miraría al favorecido como detentador, la justicia como cosa arbitraria, opresora y venal, la ley como una irrisión, y al legislador, representante de la soberanía del estado, como un ente pueril que se gozaba en crear fatalidades de artificio, como esa que llaman «la santidad de la cosa juzgada». Menos mal si, para salvar los principios, declarase la ley que en el caso propuesto, si la sentencia recurrida por el Ministerio fiscal era casada, la nueva que se dictase no produciría efectos únicamente en la jurisprudencia, sino que aprovecharía al litigante condenado por ella lo mismo que si no la hubiese consentido.

Esto por lo que respecta a la jurisprudencia local «praeter jus honorarium», en el supuesto de que sólo fuese tenida en concepto de «jus honorarium» la del Tribunal Supremo. Pero, ¿por qué no habría de serlo también aquella en todo caso, o por qué no habría de concurrir con ella por igual a su formación? La única razón que se ha dado para justificar la concentración es que «siendo uno de los principales objetos del recurso de casación, y aun puede decirse que el principal de todos, el de fijar la jurisprudencia, de modo que el distinto sentido que se dé a las leyes en las diversas circunscripciones territoriales haga de hecho que no sea la misma ley la que los rija, no debe haber más que un solo centro del cual dicha jurisprudencia parta». Como se ve, el diagnóstico era acertado,

pero no se dio con el verdadero remedio. La antigua jurisprudencia estaba localizada hasta el extremo de ser práctica corriente en una Chancillería lo que en otra se condenaba como corruptela; que los estilos de las unas eran extraños a los de las otras, y éstos y aquéllos a los del Supremo Consejo de Castilla, saliendo tal vez vencidos en un tribunal litigantes que en otro, con haber invocado iguales leyes, habrían salido vencedores. Obrando la ley de la reacción, se ha huido aquel inconveniente cayendo en el opuesto; para remediar la antigua anarquía, no se ha ocurrido más sino entronizar la centralización y el absolutismo; se ha retirado de hecho a los organismos inferiores del poder judicial la función activa de la jurisprudencia, otorgando el monopolio de ella al que ocupa el lugar más alto de la escala. Pero el recurso de casación no se ha introducido, como suele decirse, en interés de la ley más bien que en interés directo de los particulares; ni se diferencia en esto absolutamente nada de la apelación. La función de garantizar el derecho de los litigantes contra la interpretación equivocada de las leyes, y la función de crear la jurisprudencia, son muy diferentes: lo primero es un juicio; lo segundo, un resultado. Y como este resultado se da, por ley natural, lo mismo en los tribunales inferiores que en el Supremo, no es lógico confiar a éste, como no lo sería confiarla a uno de aquéllos, la determinación en última instancia de lo que ha de tenerse por doctrina legal o principio de jurisprudencia, porque equivale a erigirlo en juez y parte a un mismo tiempo; no siendo maravilla por esto que haya reducido el género —la jurisprudencia de los tribunales— a su propia jurisprudencia, que es una de las especies, y que no juzgándose obligado por ninguna otra ni pudiendo irle nadie a la mano, se haya desviado en más de una ocasión de la tradicional, por ejemplo, al declarar prescriptible por treinta años el capital de los censos, con que, innovando doctrinas universalmente admitidas, introdujo la más honda perturbación en el régimen económico de la propiedad de muchas provincias.

No es extraño por todo esto, que los más eminentes jurisconsultos de nuestro siglo, Filangieri, Holtius, Schrader, Savigny, Bornemann, Roeder, al contemplar la admirable regula-

ridad con que se desenvolvía el derecho en Roma bajo el imperio de las instituciones honorarias, hayan echado de menos en los estados modernos el edicto del pretor, como complemento del derecho legal y del derecho consuetudinario, y propongan su restauración. Tal vez con lo que precede encontrará justificada el Congreso la necesidad de que se constituya un centro reductor, presidido por un jurisconsulto, con la misión, no de crear la jurisprudencia, que esto incumbe privativamente a los tribunales, sino de sistematizarla, sincretizándola en lo que llamaríamos, para abreviar, con una palabra del tecnicismo jurídico de Roma, el *edicto*, y de refundir éste periódicamente, haciendo una edición nueva de él todos los años. Dicho centro sería distinto e independiente del poder judicial, para que el órgano uniformador no fuese, como ahora, juez en propia causa, y pudiera tomar en cuenta la jurisprudencia de *todos* los tribunales indistintamente. Examinaría y clasificaría todas las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, por las Audiencias y por los Juzgados de primera instancia; cotejaria las formas más comunes de interpretación observadas en ellas, con las leyes y doctrinas interpretadas; y de ese estudio sacaría por consecuencia que tal regla debía acondicionarse al edicto; que tal otra debía subrogarse en lugar de su correlativa, registrada en él anteriormente; que tal parte del edicto renovado conservaba su aceptación y debía quedar en la edición nueva, etc.; junto con lo general y más frecuente, apuntaría las variantes, aun las más singulares, en que a las veces se anuncian sentidos nuevos llamados a desarrollarse y prevalecer en lo futuro, etc., Al recurso de casación quedaría por objetivo el mismo de la apelación, el interés privado de los litigantes; y respecto del interés público, ya queda dicho que las sentencias del Tribunal Supremo concurrirían, al igual de las de primera y segunda instancia, a formar la jurisprudencia o doctrina legal. Dicho elevado Tribunal seguiría creándola o definiéndola; sólo que no sería el único a definirla o a crearla.

Las ventajas que esta institución, si se adopta algún día, ha de reportar, son muchas y muy calificadas.

Ese gran caudal de experiencia atesorado en los estilos de las Audiencias y de los Juzgados, se habrá puesto al alcance de

todo el mundo; así como ahora, con un trabajo ímprobo, no se llega a poseer sino una parte mínima de la jurisprudencia, y aun ésta poco definida, entonces, gracias al edicto, con un esfuerzo mínimo se conocerá toda, y no se dará otra vez el caso, sino a lo sumo por rara excepción, de que los tribunales de justicia tengan que declarar que no es doctrina legal la invocada como fundamento de sus pretensiones, o de su defensa por el litigante, de sus fallos por el juzgador; se habrá dado a la administración de justicia una nueva garantía de acierto, a la vida del individuo y de la familia una condición más de normalidad. Luego, no obstante carecer de sanción obligatoria el edicto y continuar siendo libre a pesar de él la interpretación judicial de las leyes, será medio eficaz para uniformar la jurisprudencia; por ministerio suyo se generalizarán rápidamente las variantes más racionales y más consonantes con el espíritu de la sociedad en cada tiempo; los Tribunales inferior saldrán de su aislamiento; puesto cada uno de ellos en relación de pensamiento con todos los demás por medio del edicto, se cambiarán, en él los resultados de su labor individual, haciéndose con esto más uniforme, más fecunda y menos penosa que ahora la obra del juzgador. Las sentencias consentidas concurrirán lo mismo que las casadas a la formación de la jurisprudencia, sin necesidad de abrir un proceso solemne con los inconvenientes gravísimos que hemos enumerado. Por otra parte, definida en términos precisos la *doctrina legal,* condensada y puesta por orden conforme a las categorías de los códigos o de las leyes, sus progresos han de ser forzosamente más rápidos y visibles; la evolución del derecho en ella se obrará con la misma regularidad que en Roma; no en el misterio y de un modo vago e impalpable, sino a la vista y al alcance de todo el mundo. Ya sabemos que tanto los yerros como los aciertos de la jurisprudencia son infinitesimales, porque no afectan cada vez más que a un hecho solo; pero así como los primeros van siendo menos cada día y quedando desde luego eliminados en la selección artística que precede a toda refundición, los aciertos, al contrario, acumulándose año tras año, ora como elemento o materia constitutiva, ora como término de comparación o de crítica, sobre la obra objetiva de la jurisprudencia, la desarrollan paulatinamente, la purgan de errores y de deficiencias, la acercan

cada vez más a la perfección. Consolidada (el pretor romano habría dicho *traslaticia*) por el espíritu conservador que es propio de la función judicial, en aquello que significa atributos permanentes de la naturaleza humana, cualidades intrínsecas de una civilización o convicciones de una colectividad durante un período más o menos largo de su historia, la jurisprudencia puede decirse que es antigua siempre, penetra, al modo de los aforismos de la sabiduría popular, en el fondo de la cultura general, y va rodeada de todos los prestigios de la tradición; por otro lado, hallándose sometida incesantemente al contraste de la realidad, revisada todos los días, retocada todos los años, sin pretensiones de infalible y de sagrada como la ley, en continuo movimiento desde el hecho al derecho y desde éste a aquel, viviendo sólo para el minuto presente, no tiene tiempo de envejecer y hacerse desusable; de esta suerte, siempre nueva y siempre antigua, vivifica la idea del derecho y lo desenvuelve por un proceso de evolución, más que seguro, infalible; mantiene en perpetuo equilibrio y armonía el pensamiento con la realidad, los ideales relativos de cada tiempo con las máximas positivas a que tienen que atemperarse los actos humanos para ser legítimos; y descarga a los organismos legislativos de la grave responsabilidad que más o menos merecidamente se les suele achacar, porque dejan de hacer aquello para que son, y no pueden menos de ser, incapaces, según tiene acreditado una larga experiencia. La jurisprudencia, organizada de esta suerte, sirve como depósito donde se van acumulando los cambios insensibles que experimenta en su sentido jurídico la comunidad social, y que no podría percibir el legislador, para que éste los recoja cuando formen un cierto caudal que haya persistido sin cambios apreciables durante cierto tiempo. La ciencia y la opinión común pasan así a la ley por una como infiltración incesante después de haber hecho alto en esa estación intermedia de la jurisprudencia y de haber tomado en ella cuerpo y sangre.

No tienen cuento los males que se han engendrado de la falta de una institución reguladora de la jurisprudencia: los ejemplos saltan en tropel por donde quiera que se abra la historia jurídica de nuestro país. Una institución tan vasta y tan compleja como la vincular, rigióse exclusivamente por prece-

dentes, traducidos en doctrinas de jurisprudencia. ¡Cuántos millares de litigios, de guerras encarnizadas de familia, de fortunas disueltas por obra de la curia, de fecundas iniciativas malogradas, se habría evitado el país; de cuántos trabajos se habrían visto descargados los Tribunales, si los inmensos infolios donde se habían ido depositando en revuelta confusión los infinitos casos prácticos y las contadas reglas positivas latentes en ellos —arsenal complaciente donde todas las causas, aun las más encontradas, hallaban argumento y justificación— se hubiesen concentrado y sistematizado en una instituta clara y breve, y abierta, como todo derecho honorario, a los cambios de la opinión, de la costumbre, de la jurisprudencia! Si tal instituta hubiese existido, es seguro que estaría resuelto hace mucho tiempo el problema, que va pareciendo ya insoluble, relativo a la naturaleza perpetua o temporal de los foros de Galicia y Asturias; en ella, la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias habría encontrado conciliación y sanción a un mismo tiempo; sin mover alarmas sociales, no atacando el mal de frente y de una vez, sino tanteando el terreno y ganándolo a pulgadas, que no ya palmo a palmo, siendo simultáneas la formación del plan y su ejecución, y por tanto, dispuesta siempre y en aptitud para reconocer sus yerros y retroceder y rehacer su obra al siguiente día, no aventurando nunca un paso fuera de los carriles de la experiencia, aquel estado morboso de derecho, para el cual no existe quizá remedio por el sistema de reformas legales de carácter total o general, apenas habría llegado a ser problema. Pero faltó el concurso de aquella institución; el Poder legislativo avocó a sí el conocimiento de la cuestión hace más de un siglo, prometiéndose resolverlo; y se ha dado el escándalo de tener que desechar el Tribunal Supremo en 1863 un recurso de casación, fundándose en un auto acordado en 1763, que mandó —¡justos cien años antes!— suspender todo pleito sobre foros hasta tanto que se resolviese por una ley lo procedente. Ya sabemos lo que habría hecho en este caso el pretor romano: mediante una ficción legal, habría respetado al estado de derecho anterior, pero manteniendo de hecho a los foreros en la posesión, hasta tanto que ésta se hubiese convertido en perpetua y que admitido tal estado por los foristas, se hubiera hecho ya innecesaria la protección de las

ficciones pretorias y transformándose la posesión en dominio. Que es, después de todo, el resultado que han dado de sí la acordada de Carlos III y el fallo del Tribunal Supremo; sólo que no constituyendo eso un sistema, no presta ningún género de firmeza al nuevo estado de derecho, el cual se halla pendiente de que una nueva sentencia en casación (1866) venga a destruir el efecto de la primera con cualquier pretexto, v. g., que no se ha justificado en los autos la existencia de tal acordada.

Últimamente, la publicación de todas las sentencias, o al menos las de las Audiencias, en Boletines especiales o de otro modo, y la centralización y examen por copias de las dictadas por los Juzgados, habría de producir, entre otras ventajas indirectas, estas dos: servir de estímulo poderoso a los jueces y a los magistrados para que pusieran todo el esmero y estudio necesario en la resolución de los asuntos que la ley o los particulares les confían, y ofrecerles un antemural tras el que defenderse contra el asedio que tienen puesto de continuo a su imparcialidad y a su rectitud intereses bastardos, económicos y políticos, el halago, la amenaza, la amistad o la enemistad, hasta el agradecimiento.

Costumbre de Derecho supletorio

Apunta, con muy feliz acuerdo, la Comisión organizadora del Congreso en su cuestionario, la idea de distinguir fundamentalmente en el código dos grupos de leyes o reglas, dentro de cada institución, a saber: aquellas que se consideran de orden público, que gobiernan los actos de los individuos independientemente de la voluntad de éstos, en una palabra, que son necesarias, obligatorias, impuestas; y aquellas otras de carácter puramente privado, cuya misión es sólo suplir la falta total o parcial de voluntad expresa en los actos libres ejecutados por el particular, que llegan a hacerse litigiosos.

Reconócese aquí implícitamente, y ese es nuestro punto de partida, la existencia de una esfera amplísima de derecho que sólo el individuo y la familia son competentes para regular, en

la cual no corresponde al estado superior otra ni más intervención —y eso cuando los particulares la invocan o quieren someterse a ella— que la puramente adjetiva de dirimir como supremo árbitro las contiendas nacidas de un conflicto entre dos o más esferas particulares. Abraza este orden todas aquellas relaciones jurídicas que afectan a la naturaleza humana en su concepto relativo y mudable, como individualidad; en eso que constituye el carácter y, por decirlo así, su constitución interna, y que en cada instante es otro y diferente, porque depende de un número infinito de condiciones infinitamente variables, nacidas de la herencia, de la educación, de la edad, del grado de desenvolvimiento del espíritu, del equilibrio de sus facultades psíquicas, de sus antecedentes, de sus medios, de sus aptitudes, etc. Siendo individual la relación, la satisfacción de la necesidad (o sea, el cumplimiento del fin) ha de admitir diversidad de formas o modo en su realización, y únicamente las personas a quienes directamente interesa han de poder juzgar con pleno conocimiento de causa lo que más les convenga en cada caso. Esas personalidades, llámense individuos, llámense asociaciones, corporaciones o familias, son centros, y centros activos, de finalidad y, por tanto, de derecho y de jurisdicción; jurisdicción necesaria, indelegable, privativa suya, por cuya virtud quedan constituidos en otros tantos estados, tan propios de sí, tan sustantivos, como pueda serlo en su esfera la nación. De ahí los derechos llamados «naturales» o «individuales»; de ahí la facultad de darse ley en el pacto o en el testamento; de imprimir a su actividad la dirección que mejor cuadre a sus aptitudes o a sus aficiones; de disponer de los frutos de su trabajo; de someterse a árbitros designados libremente; y tantos otros.

A no considerar las cosas sino abstractamente, tal como resultan de la precedente exposición, un Código civil habría de limitarse a estas dos partes, y sería bien breve: primera, disposiciones acerca de aquello que se reputa afectar a la esencia de cada institución y debe, por tanto, legislarse con carácter obligatorio; y segunda, declaración de que todo lo demás queda abandonado a las disposiciones que libremente adopten o al derecho que a sí propios se den los particulares.

Pero con sólo esto, no habría cumplido la plenitud de su misión ordenadora y tutelar el poder público. Porque ocurre: primero, que los particulares no siempre tienen experiencia de los actos que han de ejecutar, y conviene que el legislador les ofrezca, desarrollados ya, uno o varios modelos, una o varias formas típicas que lleven la consagración de la práctica, a fin de evitarles el trabajo de tener que inventarlas por sí y el peligro de equivocarse; segundo, que los hechos jurídicos, aun en círculo tan reducido como vida individual, se producen en serie tan rápida, que es imposible a las personas privadas determinar en cada acto las condiciones todas de su producción; y para evitar la indeterminación que nacería de aquí forzosamente y los repetidos conflictos a que daría lugar, se hace preciso que el poder público desarrolle uno o varios tipos de capitulación matrimonial, de testamento, de compraventa, de sociedad, de arrendamiento, etc., y erija en regla fundamental de juicio que cuando los particulares contraigan relaciones o ejecuten actos de derecho sin haber terminado previamente los principios que han de regirlos, si se promueve sobre ellos alguna contienda o se hace precisa de algún modo la intervención del estado, dará por supuesto que los actores entendieron aceptar tácitamente el modelo oficial que para el solo efecto de suplir el silencio de los particulares se ha escrito en la ley. Por eso, las leyes de este género se llaman *supletorias*.

Todavía, sin embargo, no está dicho todo con esto. Descubre el análisis en cada uno de nosotros dos formas de la voluntad: una, como individuos, por razón de facultad que tenemos de determinar libremente nuestra actividad; otra, genérica, por la parte que tomamos o que nos corresponde en la constitución de la voluntad general, en la opinión o en las convicciones que alientan en la comunidad de que más inmediatamente formamos parte. Ordinariamente, y en lo sustancial, entrambas voluntades coinciden y forman una sola. Despréndese de aquí una regla que es fundamental en materia de presunciones, a saber: que en defecto de expresión individual de la voluntad, lo lógico ha de ser suplirla por la voluntad social; presumir que aquel sujeto que nada dijo, quiso lo que quiere la generalidad en aquella misma clase de actos. Por esto, al

legislador no le es lícito erigir en ley supletoria una u otra forma indistintamente, fiado en que los individuos tienen en su mano el impedir que tal ley rija para ellos, dándose otra. Las presunciones, para que sean legítimas, deben ser racionales, es decir, conformes a la realidad de las cosas; y en el caso presente, no existe sino una. Veámosla.

En el seno de toda colectividad se determinan corrientes, direcciones y modos uniformes de acción, que expresan el espíritu dominante en la generalidad de los miembros que la componen, y que ordinariamente se traducen en reglas consuetudinarias. Esas direcciones uniformes, esos usos generales de derecho voluntario, creados por la colectividad, y en los cuales ha declarado ésta su voluntad común, es lo que el legislador incluye en el código en concepto de formas supletorias, discurriendo del siguiente modo. «Puesto que el individuo, viviendo en sociedad, necesita aprovechar la experiencia de los demás, pues con sólo la suya personal retrocedería instantáneamente a los primeros días de la historia, ahí le ofrezco el modelo más usual, el pliego de condiciones (permítase la metáfora) más conforme con el sentimiento jurídico de la generalidad, la forma más acreditada por la práctica y el voto de una generación o de varias generaciones; puesto que su vida se realiza o manifiesta en un número de actos mayor siempre que el de aquellos a que puede dar ley por sí, siendo tan limitadas sus fuerzas o, como decimos, su tiempo, máxime en sociedades algo adelantadas, en que los hechos que tiene que ejecutar son, no sólo muchos, sino complejísimos, por el cruce de intereses y de relaciones cada vez mayor, ahí están los tipos más admitidos y corrientes en el uso; esas son las condiciones más ordinarias a que tales actos suelen ajustarse; por lo mismo ese será el plan o patrón que aplicaré para el juicio de todos aquellos actos que no lo tengan propio; esa la determinación de los actos indeterminados o que carezcan de una determinación especial; cuando resulte que un particular no se ha dado ley propia, en todo o en parte, con respecto a tal o cual relación de derecho que ha contraído, daré por supuesto que ha querido eso que es lo que practica la mayoria de las personas que viven en condiciones análogas a las suyas; que ha entendido aceptar lo acostumbrado por la generalidad.»

Como se ve, la ley supletoria es sencillamente una costumbre de derecho; y aun cuando se halle traducida en una ley o introducida en un código, no deja nunca de ser costumbre, o más claro, no tienen nunca otra fuerza que la que le da el hecho de ser practicada por esa generalidad, por esa mayoría.

Pero esto sólo no bastaba: primero, porque costumbres generales, en sociedades tan extensas y de complexión tan varia como son las nacionalidades modernas, hay muy pocas, si es que hay alguna; el mayor número son locales; segundo, porque aun habiéndolas, pueden desaparecer o transformarse, pueden en un momento dado quedar en minoría, con lo cual, es claro que han perdido toda su fuerza como regla supletoria, porque ya no puede decirse que la persona que no ha declarado su voluntad ha entendido querer aquello que practicó la sociedad en otro tiempo, pero que ya no practica. Veamos cómo ha atendido el legislador a estos nuevos aspectos de la cuestión.

Hemos dicho que cuando una persona, al ejecutar un acto o contraer una relación de derecho, ha guardado silencio acerca de ella, se presume, y la presunción es lógica, que consciente o inconscientemente su intención fue que se rigiera por las mismas relgas, por los mismos usos a que la generalidad obedece en aquel mismo orden de relaciones o de actos. Pero ¿qué generalidad? ¿qué mayoría? ¿La mayoría de sus compatriotas, los españoles? ¿La mayoría de sus coprovincianos, supongamos los catalanes o castellanos? ¿La mayoría de sus convecinos? Evidentemente que lo que quiso es lo que estos últimos practican: *primero*, porque lo que éstos practican es seguro que lo conocía, y lo que practica la mayoría de Cataluña, o de Castilla, o de España, es casi seguro que le era desconocido; cualquier castellano, catalán, aragonés o extremeño nos dirá qué es lo que más se acostumbra en la localidad donde ha nacido y vive, o en su valle; pocos sabrán cuál es la práctica más seguida en su provincia; *segundo*, porque el municipio es un círculo, como más inmediato, más íntimo que la provincia y que la nación, y por lo mismo, su influjo es mayor sobre los actos de la familia y del individuo, que antes obedecen al espíritu y a las costumbres que se forman en el seno de las personalidades colectivas que denominamos municipios, que al espí-

ritu y a las costumbres de la provincia o de la nación. Consecuencia lógica de esto es que cuando en una localidad exista una costumbre diferente de la que practica la mayoría de la provincia o de la nación (y por tanto, de la forma supletoria consignada en el código), la presunción de que tal vecino de aquella localidad que nada dijo, entendió someterse a la costumbre general de la provincia o de la nación, introducida en el fuero o código, deja de ser presunción racional y lógica; lo lógico en tal caso es presumir que la regla que admitió tácitamente para aquella relación de derecho era la usual en el círculo de sus parientes y convecinos, porque sólo ella le era ingénita y connatural, esa la que veía practicar todos los días, con esa estaba familiarizado, y acaso sólo esa le era conocida. Otro tanto sucede con la región o provincia respecto de la nación, en defecto de costumbre local. Según esto, el orden de prelación de los criterios positivos con que han de apreciarse las voluntades de los individuos, será el siguiente: primero, la *carta*, es decir, la voluntad de los particulares manifestada en título escrito, contrato, testamento, etc.; segundo, en defecto de carta, la *costumbre local* o *regional;* tercero, a falta de ambas cosas, la *costumbre general,* escrita en el código en clase de derecho supletorio. Este orden de prelación se halla consagrado, entre otros, por el Código castellano de las Partidas, según el cual, las costumbres especiales abrogan o desatan la ley en aquel lugar donde fueren usadas (ley 6.ª, tít. II, Partida I); el Código mercantil antiguo ordenaba al juez que interpretase la voluntad de los contrayentes, primeramente, por el pacto y, en defecto de éste, por los usos de la localidad; después venían las reglas generales supletorias; la ley de 9 de abril de 1842 prohibe al dueño de una casa desalojar al inquilino y a éste abandonar el predio, sin que se avisen previamente con la anticipación acordada por ellos en el contrato; si no convinieron ninguna, con la que se hallare adoptada por la costumbre de la localidad; y caso de no haberla, con la de 40 días, que el legislador considera más admitida o más general, erigiéndola por esto en regla supletoria.

En una palabra, las leyes supletorias del Código son reglas que rigen en último extremo. Suplen la falta de carta y de cos-

tumbre local o regional; no la falta de carta tan sólo, como suele entenderse con error notorio.

Pero esas costumbres, ora locales, ora regionales, ora generales, hemos dicho que pueden perder su cualidad de supletorios, porque dejen de ser usadas por la mayoría, o porque ésta las modifique o las transforme en otras más o menos diferentes. Si la costumbre no había sido escrita, la cuestión se resuelve del modo más llano, porque como ha de probarse de nuevo cada vez que ocurre tener que invocarla ante los Tribunales de justicia, y la prueba se hace en vivo y sobre el presente, la regla consuetudinaria que ha caducado no puede oponer ninguna dificultad, porque desapareció del espacio tan pronto como perdió su crédito en los espíritus y le reemplazó la nueva, y por tanto, no podrá responder sino ésta a la evocación de los medios probatorios. Pero si la costumbre había sido definida por escrito, ora en una sentencia, ora en una observancia, fuero o ley, cuando desaparece de la realidad deja tras de sí esa huella física; y como el espíritu humano es tan dado a materializar los conceptos y a confundir las cosas con los signos convencionales que él mismo creó para significarlas en la convivencia social, llega a imaginar que está viendo coexistente y simultáneas las dos costumbre, la sustituta y la sustituida, y habla de costumbre contra costumbre, o lo que es igual costumbre contra ley supletoria, allí donde no existe de cierto sino una costumbre posterior viva, que ha venido a ocupar el vacío dejado por otra anterior que desapareció. Digámoslo de una vez: tratándose de leyes supletorias, no puede decirse propiamente que exista costumbre contra ley.

Ni tiene sentido tampoco la contienda movida por los tratadistas acerca del número de hechos que son necesarios para reconocer fuerza de ley a la costumbre. Mientras la sociedad mantenga el mismo espíritu que informa la ley supletoria, los hechos que se desvíen de esa norma común serán excepcionales y poco frecuentes; así como se vaya rompiendo el acuerdo y disolviéndose la unidad de miras que animaba al todo social, esos hechos excepcionales irán siendo menos raros, y en ellos se irá dibujando una nueva tendencia, opuesta a la que por tradición viene dominando en la sociedad. Andando el tiempo

y acrecentándose progresivamente la proporción de esos hechos excepcionales, llega un momento en que el número de éstos se equilibra con el de los que todavía se conforman a la regla tradicional. En aquel momento crítico, el carácter de indiferencia ha dejado de ser exclusivo de los hechos informados en el nuevo espíritu; la sociedad no tiene preferencia por el nuevo ni por el viejo; el uno ha ido perdiendo en la pública estimación el otro, en la desestima pública, y se han aproximado; entrambos son para la sociedad igualmente apreciados o igualmente indiferentes; la mitad de sus miembros estará por éste, la otra mitad por aquél, y la relación de derecho en cuestión estará, como si dijéramos, enpatada, en el fiel de la balanza, en un equilibrio indiferente. Pero la tendencia nueva sigue desenvolviéndose, obediente al impulso inicial, y la tendencia antigua retrocediendo en la misma proporción, desalojada por aquélla; el primer hecho ejecutado a partir de ese instante crítico, decide el éxito de la lucha; en él ha pronunciado la sociedad su voluntad definitiva; el espíritu que ese hecho informa está ya en mayoría, porque tiene a su favor la mitad más uno de los hechos que se producen en el seno de la sociedad: el equilibrio se ha hecho estable; por consiguiente, ese primer hecho es representante más genuino del espíritu colectivo que todos sus contrarios, y expresa mejor que ellos las convicciones jurídicas de la comunidad.

Como se ve, el proceso de formación de una costumbre supletoria es idéntico al proceso de formación reflexiva de una ley; sin más que el pueblo, en vez de votar por mandatarios, vota por sí mismo; que en vez de votar con palabras, vota con hechos prácticos y tangibles. En el uno como en el otro caso, el voto de la mayoría constituye la regla que se consagra como ley o como costumbre. Por consiguiente, cuando un litigante alegue en su abono o en su descargo que en tal o cual localidad no rige la costumbre que fue introducida como regla supletoria en la ley o en el código, sino otra diferente, la prueba se dirigirá a justificar que la mayoría de los actos congéneres ejecutados en la localidad se ajustan a las condiciones de la regla consuetudinaria invocada, y no a las de la ley. Otro tanto ha de decirse en el caso de que el litigante pretenda que la

costumbre que se usaba antes en la localidad (hubiera sido puesta o no por escrito, que esto no altera en nada su naturaleza) ha dejado de regir, o se ha transformado en todo o en parte.

Esta doctrina se halla consagrada por la jurisprudencia de nuestros tribunales, los cuales han mantenido en todo su vigor la ley de Partida referente a la costumbre local y general, por encima de la ley posterior de la Novísima, que había condenado todo género de costumbre.

Costumbre de derecho obligatorio

Fuera de esas leyes de carácter facultativo y voluntario, que en todo Código civil componen siempre el mayor número, queda, hemos dicho, otro grupo de leyes, artículos o reglas que el poder público impone como normas inmutables de conducta a toda persona que se halle en determinada situación o estado de derecho, que contraiga esta o aquella relación jurídica.

Pero todas estas leyes no han sido revestidas de sanción pública por un mismo concepto. Analizadas una por una, se las ve disociarse para ir a formar en derredor de dos distintos centros. Las unas son leyes que afectan a lo esencial e inmutable de la naturaleza humana; traducen aquellos principios tenidos unánimemente por fundamentales y eternos en cada pueblo o siglo, invariables, superiores a la voluntad, extraños a toda diferencia de condiciones individuales, y que, por lo mismo, no pueden revestir sino una forma única. Las otras ordenan relaciones jurídicas de carácter individual o privado, que, aunque sometidas a una norma fija, no repugna a los sentimientos de la época el que sean regidas por reglas diversas y confiadas a la libre apreciación y regulación de los particulares. Las primeras constituyen dogmas fundamentales de una civilización, y por esto se las encuentra rigiendo por igual en todos los pueblos que componen en cada época lo que llamamos en la nuestra el «concierto de las naciones civilizadas», y las más encontradas escuelas las admiten como predicados categóricos; infringirlas, es conmover en sus cimientos el orden

social; acto que se desvía de tal norma, la sociedad se apresura a condenarlo y a destruirlo en sus efectos como perturbador y antijurídico, como contrario a lo que se ha denominado, con una frase que viene consagrada por la tradición, «el derecho natural y las buenas costumbres»; por esto no puede aquí introducirse nunca costumbre contra ley. A este género pertenecen las leyes que en los pueblos indoeuropeos consagran actualmente la monogamia, ciertos impedimentos para contraer matrimonio, el poder tutelar de los padres, la nulidad de las obligaciones contraídas con fuerza o dolo, la proscripción del vergeld, de la composición, del talión, del tormento, etc. Las segundas, por el contrario, si en unos pueblos figuran como de derecho público y obligatorio, otros, con hallarse inspirados en los mismos principios, las han codificado como derecho voluntario y supletorio; son obligatorias en aquéllos, no en razón de su naturaleza, sino por puro accidente, por rutina y apego a lo pasado, en que recibieron esa forma a influjo de otras concepciones filosóficas o religiosas, o bien, por efecto de cierta subjetiva presunción, por la cual las clases gobernantes y letradas han solido extremar hasta aquí en la historia su ministerio tutelar respecto de las demás, considerándolas incapaces de gobernar por sí sus relaciones económicas y de familia y necesitadas de que una ley previsora les reglamente la vida hasta en sus detalles más insignificantes. Tales, por ejemplo, la prohibición de poseer bienes raíces las corporaciones civiles; de celebrar contratos de enfiteusis, de estipular entre sí los esposos durante el matrimonio, de adoptar hijos extraños quien los tenga propios o quien no pueda legítimamente procrearlos; el condominio necesario de los hijos en los bienes de los padres, traducido en una fórmula impuesta de testamento; el poder marital y la privación de toda capacidad a la mujer casada para administrar sin el concurso o la licencia de su marido; la organización de los bienes en la familia según un sistema legal, impuesto rígidamente a todos por igual, etc.

Respecto del primer género de leyes obligatorias, la ponencia no vacila en condenar toda costumbre que les sea contraria; y aún más, duda que tal forma de costumbre pueda producirse. Pero con respecto al segundo género, profesa en todo su

tenor literal la doctrina de los jurisconsultos romanos, desarrollada y sistematizada con superior sentido en España por el insigne doctor Francisco Suárez. La soberanía (tomada la palabra en su aplicación al orden civil) reside íntegra en el pueblo como un atributo esencial de su naturaleza; la potestad del legislador es una emanación de aquella soberanía, y subsiste y es legítima en cuanto se contrae a representar a la comunidad social; el legislador no puede dictar leyes contrarias al interés o al sentir de la generalidad, de quien es meramente un órgano; sus leyes lo son en cuanto interpretan la convicción más o menos declarada del pueblo, o más claro, en cuanto éste se reconoce en ellas y las cumple; si el mayor número de los actos ejecutados en el seno de la sociedad se ajusta a ella, será ley viva, ley de derecho, y por ella deberá apreciar el juzgador las relaciones indeterminadas; si, por el contrario, se abstiene de cumplirla, o la desusa, introduce costumbre en contrario, es que el legislador se equivocó, y no tiene derecho para aprisionar en aquellos moldes que él ha fantaseado la actividad de una nación, de una familia o de un individuo; debe reconocer su error, respetar como legítimo el nuevo estado de derecho y enmendar su ley o sustituirla por otra. Los moldes de la vida son un producto natural, tan natural como la vida misma; los actos sustantivos en que ésta consiste y las formas jurídicas de esos actos se producen simultáneamente, por obra de una misma actividad y debajo de un mismo plan, sin lo cual no habría perfecta adaptación ni la consiguiente normalidad. Querer imponer pautas a la vida como desde fuera, por vía de inspiración y de precepto, es un contrasentido sin justificación en la filosofía y sin realidad en la historia. No tenemos que ir en busca de enseñanzas a lo pasado, que las brinda tan numerosas como elocuentes; a nuestra misma vista se están produciendo sin cesar costumbres contrarias y desusos, con que la ley civil, la ley procesal, la ley hipotecaria, la ley desamortizadora, la ley mercantil, la ley municipal, las leyes fiscales se adaptan a las condiciones del medio por una serie de mutilaciones y de transformaciones que no hay fuerza humana capaz de evitar. El prurito reglamentario de nuestro tiempo perturbaría del modo más profundo la vida, si no estuviese para reprimir o contener sus efectos la costumbre contra ley: a ella,

más que a las garantías externas de la Constitución, tan febrilmente renovadas y modificadas, deben su regularidad el comercio, la industria, la religión, la ciencia, la familia, el municipio, las corporaciones, la sociedad entera.

Una última observación, común a los dos géneros de costumbre, antes de concluir.

No hay cuestión para la ponencia en orden a los medios de prueba, porque el Tribunal Supremo ha establecido ya, aunque indirectamente, la doctrina (a su modo de ver exacta) de que las costumbres han de probarse por los mismos medios que cualesquiera otros hechos jurídicos. Pero ¿quién debe practicar esa prueba? Según la legislación castellana, el litigante que la invoca como fundamento de sus pretensiones; según la aragonesa, el juzgador a quien ha de servir de criterio para dirimir la contienda planteada ante él. Ya hace mucho tiempo que un reputado jurisconsulto castellano, el señor Gómez de la Serna, prestó su conformidad a la doctrina aragonesa, como la única racional, entendiendo muy acertadamente que las costumbres, lo mismo que las leyes, no deben depender en cuanto a su valor de que dos o tres testigos digan que están en observancia, y que los jueces, en la imparcialidad y elevación de sus funciones, podrían mejor ser depositarios de las costumbres e investigadores del derecho vigente y del derecho derogado. Ya antes había sido acreditado este juicio por un jurisconsulto de tanta autoridad y doctrina como Savigny. Según él, no siendo las costumbres hechos contenciosos, que los particulares hayan de exponer y probar, al modo, v. g., de los testamentos y de los contratos, sino, al igual de las leyes o de la jurisprudencia, reglas de derecho por las cuales tales hechos han de ser apreciados, debe el juez conocerlas de oficio, no fiar exclusivamente el resultado a la prueba interesada que ofrezcan los litigantes sobre su naturaleza o sobre su existencia, sino que debe investigar por sí, judicial o extrajudicialmente, en la práctica, en el testimonio de peritos, en los protocolos, en los archivos de la jurisprudencia, hasta adquirir pleno convencimiento de que es cierta o no la costumbre invocada.

Las convicciones de la ponencia coinciden con esta de Savigny y Gómez de la Serna, y ha creído deber recomendarla al

Congreso. Las reglas de derecho no son de mero interés privado, sino público; en el silogismo que lleva envuelto toda sentencia, la menor, el hecho litigioso, incumbe exclusivamente a los litigantes; ellos plantean el problema judicial, desenvuelven y dilucidan sus términos; pero la mayor, el criterio de juicio, la regla jurídica, es de la privativa jurisdicción del Poder público; llámese costumbre, ley, reglamento o doctrina de jurisprudencia, eso es lo que el Estado pone en los autos antes de pronunciar el fallo y para pronunciarlo. Así pues, siempre que un juez o tribunal sea llamado a intervenir por cualquier título en un acto privado, y por alguno de los interesados se haga valer la existencia de una costumbre que más o menos directamente pueda afectarle, dicho juez o tribunal deberá proceder a una información en que se depure la certeza de tal costumbre, a fin de aplicarla en lugar de la ley supletoria o de la costumbre anterior desusadas, si resultare adaptable al caso. Por ese camino, el Derecho consuetudinario irá pasando insensiblemente al edicto de la jurisprudencia, y constituyendo en él una sección especial, para que llegue a conocimiento de todos y sirva de precedente que haga más llana y más segura la prueba en casos análogos.

Conclusiones

Por virtud de las consideraciones que anteceden, los ponentes que suscriben tienen el honor de proponer al Congreso las declaraciones siguientes:

I

La formación de jurisprudencia acompaña necesariamente, por ley natural, a la función de interpretar y aplicar judicialmente las leyes; y por consecuencia, deben concurrir a ella las Audiencias y los Juzgados de primera instancia, lo mismo que el Tribunal Supremo.

II

Las doctrinas de la jurisprudencia deben sistematizarse en una instituta clara, que reproduzca las categorías fundamentales de

los Códigos; y publicarse una edición nueva de ella todos los años, previa refundición, hecha a la vista de todas las sentencias que pronuncien los Tribunales y Juzgados de España, por un centro especial, independiente del Poder judicial.

III

De todas las sentencias dictadas por los Juzgados de primera instancia, debe remitirse sin dilación a dicho centro copias literales manuscritas; pero las de las Audiencias se imprimirán y publicarán oficialmente dentro de los treinta dias siguientes al que fueren pronunciadas.

IV

La interpretación de las leyes y doctrinas legales debe ser siempre absolutamente libre, sin que el criterio personal del juzgador encuentre la menor traba en fallos anteriores, propios ni ajenos. Por consiguiente, la autoridad de las doctrinas admitidas por la jurisprudencia de los tribunales, ora conserve su estado actual, ora se compendie y metodice en la forma propuesta en la conclusión segunda, ha de ser puramente moral o científica; y por infracción de ellas no debe admitirse recurso de casación, salvo en lo tocante a aquellas ramas del derecho que no se hallen codificadas.

V

Las costumbres vigentes en la actualidad dentro del territorio español deben recolectarse oficialmente, por medio de informaciones, etc., para que sirvan de materiales, al par de las leyes, en las codificaciones que se están preparando; e igualmente en las futuras.

VI

Todos los actos y contratos, entre vivos o por causa de muerte, reconocidos en la ley como derecho individual, y respecto de los cuales no dicte el legislador sino reglas de carácter facultativo y supletorio, deberán apreciarse por los juzgadores del si-

siguiente modo: 1.°, por la ley del contrato, fundación, testamento, etc.; 2.°, a falta de ella, por la costumbre local, y si no la hubiere, por la regional; 3.°, en el defecto de todas, por la costumbre general escrita en el código o en la ley con carácter de regla supletoria.

VII

No procede admitir costumbre contraria a aquel género de leyes obligatorias que consagran los principios fundamentales admitidos unánimemente por los pensadores de todas las escuelas como necesarios e inmutables.

VIII

Las demás leyes, aunque hayan sido sancionadas como obligatorias, podrán dejarse legítimamente en desuso, en todo o en parte, por una costumbre contraria.

IX

La costumbre invocada por los litigantes, no se debe probar exclusivamente por ellos mismos; sino que el juzgador ante quien se invocare ha de inquirirla de oficio, abriendo al efecto una información, para mejor proveer dentro del juicio.

Madrid 20 de noviembre de 1886. — BIENVENIDO OLIVER. — JOSÉ MARÍA PANTOJA. — FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS. — JOAQUÍN COSTA.

Notas

[78] Celebrado en Madrid el año 1886. El tema se hallaba redactado en estos términos: «Costumbre y Jurisprudencia. Valor de estas fuentes de derecho. Si deben intervenir los poderes públicos en su manifestación; y, caso afirmativo, en qué límites, a qué efectos y en qué forma».

Este libro se acabó de imprimir en la *Imprenta Cooperativa Librería General*
en Zaragoza, c/ Pedro Cerbuna, 23,
el día 20 de diciembre de 1981.
La composición del texto fue realizada por
Fotocomposición Jómar.
La encuadernación en rústica fue hecha por
Encuadernaciones Boel
y la encuadernación todo tela por
Encuadernaciones La Barcelonesa.